Die Familien-A.-G. nach dem revidierten Obligationenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors rerum politicarum

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät

der Universität Bern

von

MAX ZELLER

von Langenhart (Thurgau).

Zürich 1940
Buchdruckerei Gebr. Fretz A.-G.

Die Familien-A.-G. nach dem revidierten Obligationenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors rerum politicarum

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät

der Universität Bern

von

MAX ZELLER

von Langenhart (Thurgau).

Zürich 1940
Buchdruckerei Gebr. Fretz A.-G.

Die Fakultät hat diese Arbeit am 29. Juni 1939 auf Antrag von Prof. Dr. Fehr als Dissertation angenommen, ohne zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

I. Abschnitt.

§ 1. Begriff und Umriss 5
§ 2. Historischer Überblick 6
A. Römisches Recht 6
B. Mittelalterliches deutsches Recht 9
C. Kantonale Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts . . 12
1. Die Gemeinderschaften 13
2. Die Fideikommisse 14
3. Die Aktiengesellschaften 18

II. Abschnitt.

Die wirtschaftliche Bedeutung.

§ 3. Die wirtschaftspolitische Fragestellung 21
§ 4. Die Familien-A.-G. als privatwirtschaftliche Zweckgründung 28

III. Abschnitt.

Das geltende Recht.

§ 5. Gründung und Betrieb 33
1. Ohne wirtschaftliche Zwangslage 33
a) Die Umwandlung der Einzelfirma noch bei Lebzeiten des Erblassers in eine A.-G. 33
b) Die Gründung einer Familien-A.-G. wird den Erben durch letztwillige Verfügung auferlegt 36
c) Familienglieder beschliessen von sich aus die A.-G.-Gründung 37
d) Die allmähliche Einflussnahme von Familiengliedern auf eine bestehende A.-G. 38
Statuten-Entwurf 41
2. «Sanierungen» und andere verdächtige Gründungen 46
3. Die Bindung der Aktien 49
4. Stimmrechtsaktien 55
§ 6. Haftungsverhältnisse und -beschränkungen 59
1. Gegenüber dem nicht zur Familie gehörenden Aktionär . . 59
2. Gegenüber Familiengliedern 62
a) Die Frau als Aktionärin 62
b) Minderjährige Beteiligte an der Familien-A.-G. 63
3. Gegenüber Gläubigern, Aktionären und der Gesellschaft selbst 67
§ 7. Die Umwandlung der Familien-A.-G. in eine G.m.b.H. 69
Literaturverzeichnis 74

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547622_0098

Erster Abschnitt.

§ 1. Begriff und Umriss.

Es kommt nicht von ungefähr, dass in neuester Zeit die verschiedenartigsten politischen, wirtschaftlichen und humanitären Vereinigungen und Einrichtungen sich in ihren Satzungen, Vorschlägen und anderen Auslassungen wieder mit dem Angelpunkt jedes geordneten Menschenlebens, mit der «Keimzelle des Staates», der Familie und ihrem moralischen und materiellen Schutze befassen. In gewissem Sinne liegt darin eine rückläufige Tendenz, die sich allerdings die Erfahrungen und einzelne Vorzüge eines heute überwundenen Kulturstrebens zunutze machen wird. In den ältesten Zeiten menschlicher Entwicklung war der Zusammenhalt der Familie ein wesentlich stärkerer als heute und erst in den Stadien «höherer» Kulturentwicklung lockert sich das Band mehr und mehr, so dass alsdann die Familie als Schutzgemeinschaft an Bedeutung verliert — bis sich einsichtige Wirtschaftsführer, Wissenschaftler und Politiker der brachliegenden Werte erinnern und in den Dienst des Volksganzen zu stellen suchen. Bezeichnend ist diesbezüglich die deutsche Entwicklung von der germanischen Familie und dem Sippenverband über Ganerbschaften und Fideikommisse, Sondervermögensgründungen des Patriziates und der reichen Kaufmannsfamilien, zur liberalistischen Hochkonjunktur im BGB und zur jüngsten, nach Blut und Boden orientierten Geschichtsauffassung seit dem Umbruch 1933[1]).

Von den Mitteln, die wirtschaftliche Sicherstellung ganzer Familien und ihrer Mitglieder zu gewährleisten, verdienen jene den Vorzug, die ohne staatliche Unterstützung ans Werk gehen,

[1]) Die bezüglichen neu zu Ehren gekommenen Grundsätze sind frisch vertreten durch Hengstmann, «Die Familiengesellschaft», Diss. Halle-Wittenberg 1935, auf welche Schrift noch mehrmals zurückzukommen sein wird.

wie die auf eigenen Beiträgen als Risikogemeinschaften aufgebauten Familienstiftungen neueren Datums[2]) nach dem Grundsatz: Eigennutz geht vor — oder ist jedenfalls ehrlicher und in der Zweckverfolgung wirtschaftlicher als — Gemeinnutz; oder, um dem Thema näher zu kommen, wie die kapitalistischen Familiengesellschaften, bei denen ein Unternehmen unter Beizug und tätiger Mitarbeit aller geeigneten Familienglieder in Produktion oder Handel zum eigenen und mittelbar zum allgemeinen Wohle wirtschaftet.

Als Familien-A.-G. betrachten wir im Hinblick auf die ihr innewohnende Doppelfunktion nur jene Gesellschaft, die mit dem Willen der Beteiligten als gemeinsamer Familien- (Sippen-) Besitz behandelt wird, sei es, dass schon bei der Gründung Vorsorge für die Unveräusserlichkeit der Anteile an Dritte getroffen wurde, sei es, dass sich erst im Laufe der Zeit der Wille und die entscheidende Verfügungsmacht entwickelte. Die Familiengründung ist, auch wenn sie aus den Statuten in der Regel kaum als solche ersichtlich wird, allerdings häufiger, und unsere Arbeit befasst sich denn auch hauptsächlich mit ihr.

Nach einem historischen Überblick über mehr oder minder ähnliche Gebilde und Bestrebungen in früheren Jahrhunderten soll kurz die volks- und privatwirtschaftliche Bedeutung der Familien-A.-G. dargetan werden, um uns dann im dritten, dem eigentlichen handelsrechtlichen Abschnitt, eingehender mit Gründung, Betrieb, Umwandlung und den verschiedenartigsten Verantwortlichkeiten, besonders auch im Falle des Konkurses, an Hand des neuen schweizerischen Gesellschaftsrechtes zu befassen; wir werden dabei nicht verfehlen, gelegentlich auch das ausländische Recht zum Vergleiche heranzuziehen.

§ 2. Historischer Überblick.

A. Römisches Recht. Ulpian führt im 31. Buche zum Edikt aus, der tiefere Grund, warum die Gesellschafter, auch wenn es sich nicht um eine societas omnium bonorum, sondern bloss um eine societas unius rei handle, in id quod facere possunt

[2]) Vgl. unter § 3.

belangt werden können, liege darin, dass unter den Gesellschaftern ein ius fraternitatis walte[3]). Das massgebliche Schrifttum leitet hieraus die überwiegende Bedeutung der mehr familienrechtlichen und agrarischen als merkantilen societas omnium bonorum ab[4]). Diese, «schloss sich, wie aus zahlreichen Zeugnissen hervorgeht, an die Gemeinschaft der Miterben, insbesondere der Agnaten an, bildete also deren vertragsmässige Fortsetzung behufs der gemeinschaftlichen Bewirtschaftung des Erbgutes»[5]). An Besonderheiten fallen auf einmal die unerlässliche Voraussetzung des allerdings formfreien Vertrages, dann die zwingenden gesetzlichen Vorschriften über die Auflösung der societas, unter denen wieder der Erlöschungsgrund der capitis deminutio, der Statusänderung, bzw. -Verschlechterung, hervortritt[6]), und endlich die rein kontraktliche und beliebig einseitig kündbare Bindung der Gesellschafter untereinander, ohne dass ein selbständiges, vom Wechsel der Mitglieder unabhängiges neues Rechtssubjekt entstanden wäre; schied also einer der Genossen durch Tod, renuntiato, usw. aus, erlosch die Gesellschaft und musste gegebenenfalls zuerst mit den Erben erneuert werden, da ein Übergang der societas auf die Erben auch nicht bedungen werden konnte. Diese bewusste und vom Gesetz begünstigte Unbeständigkeit ist charakterisiert durch die Paroemie: Nulla societas in aeterum coitio est.

Noch eine andere römische Einrichtung verdient in diesem Zusammenhange Erwähnung. Ursprünglich «beherrschte das System des Familien- oder Geschlechtereigentums weite Völkergebiete. Die Nachfolger des Hausvaters blieben — regelmässig — zusammen sitzen und besassen das Vermögen als Gesamtgut; zur Teilung gehörte ursprünglich die Zustimmung aller Genossen»[7]). Strebte die Entwicklung nach Schaffung von Einzelvermögen; bedeutete es einerseits ein Fortschritt, dass allmählich jeder Mitberechtigte die Teilung verlangen konnte, so hatte auf der andern

[3]) D. 17, 2, 63.

[4]) Lenel, Ediktum perpetuum, Leipzig 1927, S. 297 f. und die dort Zitierten. — v. Czyhlarz, Institutionen, Wien 1924, S. 247.

[5]) Dernburg, System des röm. Rechts, Berlin 1912, S. 814.

[6]) Erst im justinianischen Recht fällt die capitis deminutio minima, das Ausscheiden aus der Agnation etwa bei Emanzipation, als gesetzlicher Auflösungsgrund weg. — Vgl. die interpolierte Digestenstelle «maxima aut media» D. 17, 2, 63, 10.

[7]) Kohlen, in Holtzendorffs Enzyklopädie, Bd. I. Berlin 1915, S. 23.

Seite bereits das P e c u l i u m eine Ausscheidung von Familiengut und Einzelvermögen noch zu Lebzeiten des Hausvaters vorbereitet und teilweise in die Tat umgesetzt: Zwar gehörten die Bewirtschafter des ursprünglichen ländlichen Gutsbetriebes und der späteren gewerblichen Privatunternehmen, die Haussöhne neben den Sklaven als Gewaltunterworfene dem Gewalthaber[8]). Sie bildeten, wie man es drastisch ausgedrückt hat, nur die verlängerte Tasche des Vaters, bzw. Herrn. Der Erwerb des Hauskindes fiel schon kraft Gewaltrechtes von selbst dem pater familias zu[9]). Sein Handeln war grundsätzlich Handeln für eine fremde Rechtssphäre. Was der Sohn (oder die Tochter) zum Geschäftsbetrieb ausgeschieden erhielt, besass und nutzte er zwar tatsächlich, blieb aber im Eigentum des Gewalthabers. Dabei blieb es auch in der späteren Zeit: Was das Hauskind ex substantia patris erwarb, musste wieder zurückfallen. Die auf verlässliche Haussöhne als Soldaten angewiesenen Kaiser kamen, hiervon ausgehend, den Söhnen entgegen durch Schaffung des im Sondereigentum der letzteren stehenden peculium castrense und quasi castrense, sowie durch die Sonderbehandlung der bona adventicia[10]).

Fassen wir die beiden Einrichtungen zusammen, ergibt sich ein dem Erben aus selbständiger Tätigkeit (Militär- oder Verwaltungsdienst, Zuwendungen Dritter) herrührendes Privatvermögen neben seinen Sozietätsrechten am unverminderten Hausvermögen beim Tode des Hausvaters. Freilich fehlt, was für eine Aktiengesellschaft wesentlich wäre, die aktienmässige Zerlegung des Grundkapitals (= Hausvermögen), die Beschränkung der persönlichen Verbindlichkeit, sowie die selbständige körperschaftliche Persönlichkeit. Wir gedenken aber auch nicht, die societas omnium bonorum als entscheidenden Ausgangspunkt der Entwicklung der modernen Familiengesellschaft anzusehen[11]).

[8]) Rabel, in Holtzendorffs E., Bd. I. S. 414.

[9]) Czyhlarz, a. a. O. S. 5.

[10]) Abschluss dieser Entwicklung in Nov. 118.

[11]) Die Entstehung der A.-G. als solcher lässt sich auch nicht, wie es versucht worden ist, von den röm. societas publicanorum ableiten. Vgl. v. Gierke, in Holtzendorffs E., Bd. III., Berlin 1913, S. 56.

Über die societas publicanorum vgl. Schmid, Arch. f. Ziv. Pra. XXXVI., S. 166 f. Dass sie als jur. Person angesehen wurde, geht aus D. 3, 4, 1 pr. und andern Stellen hervor. Dernburg, Pandekten, § 58, Anm. 3, scheint die soc. publ. überhaupt der A.-G. gleichzusetzen.

B. Mittelalterliches deutsches Recht. Nach Otto v. Gierke[12]) «ist die A.-G. aus der kapitalistischen Umbildung der germanischen Vermögensgenossenschaft hervorgegangen. Vorstufen der A.-G. sind die auf vererbliche und veräusserliche Anteile an einem Sondervermögen gebauten genossenschaftlichen Verbände, wie sie sich auf den verschiedensten Rechtsgebieten entwickelten. So teilweise die von der alten Markgemeinde abgespalteten Agrargenossenschaften (insbesondere Alpgenossenschaften, Walderbschaften und Rechtsamegemeinden); so einzelne Ganerbschaften.» Der Nachweis dieser Entwicklung gelingt nicht lückenlos. Ist es doch schon ein kühnes Unterfangen, die hochkapitalistische Gesellschaftsform der A.-G. von Einrichtungen einer ganz anders eingestellten Epoche, des Mittelalters oder gar der germanischen Urzeit, überhaupt ableiten zu wollen.

Jedenfalls tritt uns das Wort «Aktie» erstmals in dem Placaet der niederländischen Ost-Indischen Compagnie vom 27. Februar 1610 und in Dänemark im Octroi von 1616 für die dänisch-ostindische Compagnie entgegen. In Frankreich begegnet uns die Bezeichnung erst um die Mitte des 17. und in Italien gar zu Anfang des 18. Jahrhunderts[13]). Freilich zeigten sich schon im ausgehenden Mittelalter in Italien Gesellschaftsformen, die wenigstens manche Ähnlichkeit mit dem heute geläufigen Rechtsinstitut der A.-G. aufweisen: die K o m m e n d a , Hingabe einer Summe zum Geschäftsbetrieb (insbesondere Überseehandel) des Partners unter Beteiligung am Gewinn[14]); ferner die m a o n a e von Chios und Cypern im 12. und 13. Jahrhundert, die freilich eher einfache societas gewesen sein dürften[15]), und insbesondere die m o n t e s , die korporativen Verbände von Staatsgläubigern, aus deren Zusammenschluss beispielsweise die berühmte St. Georgsbank in Genua hervorging, die jedenfalls zu Anfang der Neuzeit eine wirkliche Bank auf Aktien darstellte[16]). Musste so die aufsteigende Kapitalwirtschaft Hand in Hand mit dem vorwärtsdrängenden Individualismus eine passende und handliche Form der A.-G. als Rechtsinstitut über die Erfahrungen mit den

[12]) in Holtzendorffs E., Bd. III., S. 56.

[13]) Lehmann, Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts, Berlin 1895, S. 9.

[14]) Hiernach wäre die Kommandit-A.-G. die zeitlich frühere Form gewesen, was z. B. von Fick, in Z. f. H. R. Bd. V., S. 43, behauptet wird.

[15]) Lehmann, a. a. O. S. 17.

[16]) Lehmann, a. a. O. S. 4.

ost- und westindischen Handelscompagnien erst zurechtfeilen, konnte die Familiengesellschaft, an germanische wie römische Vorbilder anknüpfend, in steter, wenn auch weniger auffälliger Entwicklung sich entfalten und oft unter verschiedenen Formen ihren teils intern-familiären, teils wettbewerbsfrohen wirtschaftlichen Zwecken dienen. Ihr Ursprung und ihre Fortbildung vollzieht sich im engsten Zusammenhang mit der deutschrechtlichen Genossenschaft, den Gemeinderschaften zu gesamter Hand[17]).

«Die gesamte Hand wurzelt im germanischen Familienrechte. Ihre älteste Erscheinungsform ist die unter Brüdern nach dem Tode des Hausvaters fortgesetzte Hausgemeinschaft. Indem an solche oder andere gleichberechtigte Miterben die erledigte Hausherrschaft zu gesamter Hand fiel, trat bis zur Aufteilung des Hauswesens durch Sonderung der Hausstände an die Stelle der herrschaftlichen eine genossenschaftliche Hausgemeinschaft. Eine solche Gemeinschaft von Ganerben (coherdes) konnte längere Zeit und sogar durch mehrere Geschlechterfolgen fortgesetzt werden[18]). Bald überschritt die Gemeinschaft zur gesamten Hand den Kreis des Familienrechts. Die Gemeinschaft der Ganerben gestaltete sich in den einzelnen Ständen zu besonderen Typen aus, in denen sie durch Aufnahme einer vertragsmässigen Ordnung zugleich gefestigt und verfärbt wurde. So entstanden Gemeinschaftsformen, die sich von der familienrechtlichen Grundlage mehr und mehr ablösten, bis zuletzt ein auch unter Fremden möglicher Vereinigungsvertrag als ihre Rechtsgrundlage erschien».[19])

Bezeichnenderweise tritt uns schon bei den Ganerbschaften die Tendenz einer persönlichen Haftungsbeschränkung entgegen: Das Ganerbenrecht beschränkt die Haftung auf die Fahrhabe[20]) und bei den gewillkürten bäuerlichen Gemeinderschaften fällt

[17]) Dem m.-a.-. deutschen Recht dürfte eine strenge Scheidung von korporativen Organismen und organischen Personengemeinschaften unbekannt gewesen sein. Vgl. v. Gierke, D. Pr. R. S. 661. — a. M. Heusler, Institutionen I., S. 225.

[18]) Vgl. v. Lassberg-Reyscher, Schwabenspiegel, Tübingen 1840 Landrecht Art 147: «Stirbet einem wibe ir man vnd belibet si in dem gvte vngeteilt mit ir kinden, lanc oder kvrz . . .»

[19]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Berlin 1895, S. 664. — Ähnliche Darstellung bei Schröder-Künssberg, Lehrbuch der d. R.-Geschichte, Berlin 1932 S. 358; Hübner, Grundzüge des d. Pr. R., Berlin 1930, S. 155 f.

[20]) Schröder-Künssberg, a. a. O. S. 364.

auf, dass solche hauptsächlich unter Hörigen, zumal unter Gotteshausleuten, durch Vertrag begründet wurden, «um nicht bei jedem Sterbefall eines Hörigen, sondern nur bei dem des ältesten, die Gemeinderschaft vertretenden Gemeinders die schuldige Abgabe entrichten zu müssen»[21])! Der Umstand, dass in der Schweiz sich die bäuerlichen Gemeinderschaften in ihrer ursprünglichen Form (ZGB Art. 336 f.), oder als Korporationen weiter entwickelt bis auf unsere Zeit, mancherorts mit ungeschmälerter Kraft seit rund 700 Jahren erhielten[22]), mag erklären, dass einheimische besonders eingehende Untersuchungen[23]) über dieses Rechtsinstitut auch mancherlei Abweichungen von den skizzierten Regeln zutage förderten. So verbot z. B. das Weistum von Ringgenberg (Bern) das Eingehen einer Gemeinderschaft zwischen Eltern und Kindern ausdrücklich und schrieb vor, dass beim Absterben eines Elternteils zur Teilung geschritten werden solle[24]). Die eigentlich typische Form der Gemeinderschaft wäre demnach die unter gleichberechtigten Geschwistern und ihren Nachkommen, manchmal auch unter Einbeziehung ihrer Gatten, eingegangene. Die Gründe aber, die eine Gemeinderschaft vorteilhaft erscheinen liessen, waren hier wie anderswo die nämlichen: Verkettung wenigstens des Immobiliarvermögens an die Familie, Verteilung des Risikos (Gemeinderschaft zu gemeinsamem Nutzen und Verderb) und endlich das Interesse der Grundherrschaft an tüchtigen spannfähigen Gütern und als Gegenwert die Befreiung von der Abgabe beim Mannfall.

Die seit dem 13. und 14. Jahrhundert auftretenden ritterlichen «Ganerbschaften» zeigen, trotzdem ihnen der Name mit den bäuerlichen Familiengemeinderschaften gemeinsam ist, ab-

[21]) Hübner, a. a. O S. 156.

[22]) Vgl. Bildbericht Schuh-Roedelberger über Landsgemeinde der Oberallmeind-Korporation Schwyz — deren 6000 Genossen von 95 alten Geschlechtern abstammen —, in Zürich. Illustrierte, XIII. Jahrg. (1937) S. 1435 f. — Über die weniger familiengebundene Entwicklung der «Allmendgenossenschaft im Lande Uri» s. Schmid, in S. J. Z. VI, S. 37 f und 62 f.

[23]) H. Fehr, Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, Jena 1912, S. 147 f.; M. Huber, die Gemeinderschaften der Schweiz auf Grundlage der Quellen dargestellt, Heft 54 von Gierkes Unters. 1897.

[24]) H. Fehr, a. a O. S. 148. — Doch sehen die Urkunden mehrheitlich die Möglichkeit einer Gemeinderschaft trotz fortbestehender elterlicher Gewalt vor; vgl. auch Grimm, Weisthümer, Bd. I., Göttingen 1840, S. 251; Gmür, Die Rechtsquellen des Kt. St. Gallen, Bd. I., Aarau 1902, S. 30.

weichende Entwicklungstendenzen: Sie werden auf ewige Zeiten abgeschlossen, so dass eine völlige Abteilung nach Willkür eines oder mehrerer Gemeinder unstatthaft ist; die Bindung an den gemeinsamen Haushalt (das Sitzen «in einem hus und in einer cost»)[25]) ist dafür gelockert und die Ganerbschaft erstreckt sich auf die mehreren Linien eines Hauses. Auch Familien, die einander nichts angingen, taten sich in Ganerbschaften zusammen, um die Vorteile solcher Gemeinderschaft sich gegenseitig zuzuwenden[26]). Ein anderer Zweig der altgermanischen Gemeinderschaft ist in den hochadeligen Erbverbrüderungen zu erblicken, die zwar interne Teilungen voraussetzten, ohne aber den Vorteil einheitlichen Familiengutes nach aussen preiszugeben. Endlich leitet Gierke[27]) als analoge Vereinigungen auch «Arbeits- und Erwerbsgesellschaften» im Bürgerstande, die «Handelsgesellschaft» und die «Rhederei» von den ursprünglichen Ganerbschaften ab[28]).

Es wird später noch auf diese gerade für unser Thema bemerkenswerte Entwicklung zurückzukommen sein. Ist die A.-G. über die Handelskompagnien zwar aus den Ganerbschaften hervorgegangen, hat sie sich als ausgesprochene Kapitalgesellschaft allmählich doch so sehr ihrem ursprünglichen Zweck entfremdet, dass heutige coherdes sich ihrer Form nur noch unter vielen Umständlichkeiten bedienen können.

C. Kantonale Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts. So wenig wie im vereinheitlichten Schweizer Recht finden wir bei seinen vielgestaltigen Vorgängern, den kantonalen zivil- und handelsrechtlichen Erlassen, eine erschöpfende, geschlossene Regelung der Rechtsverhältnisse, die wir unter «Familien-A.-G.» zusammenfassen. Vielmehr stehen auch für jene Zeit einzelne charakteristische Einrichtungen zur Verfügung, die je nach dem hervorstechenden Interesse, das es zu verwirklichen galt, die

[25]) H Fehr, a. a. O. S. 152.

[26]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I. Leipzig 1885, S. 233. — Über die ritterlichen Ganerbschaften vgl. auch v. Künssberg, in Hwb. d. R.-wissenschaft, Bd. 2. — Über Belehnungen zu gesamter Hand: Schröder-v.Künssberg, Lehrbuch, S. 437.

[27]) D. Pr. R. a. a. O. S. 666.

[28]) Nach Hübner, a. a. O. S 160, mag es «dahingestellt bleiben, ob die offene Handelsgesellschaft ... in ihrem Ursprung auf ganerbschaftliche Gemeinderschaften zurückgeht, in denen die Söhne eines Kaufherren das väterliche Geschäft fortsetzten».

geeigneten Formen abgeben konnten. Abgesehen von der nicht verbotenen, aber auch, wenn überhaupt nur dürftig geregelten Gesellschaftsform der A.-G., waren es vornehmlich die Fideikommisse und Familienstiftungen — mit verschiedener kantonaler Färbung und Bezeichnung — sowie die alten Gemeinderschaften.

1. Die Gemeinderschaften. Eine «vortreffliche Regelung»[29]) fanden sie im Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch von 1853/55 (V. Kapitel des Obligationenrechts: Gemeinderschaft [Zusammentheilung], § 1366—1378). Man wollte «die bestehende Übung» weder stören noch hemmen, vielmehr die familien- und erbrechtlichen Beziehungen als vorhandenes Bedürfnis schützen und «vor Missbrauch und Misskennen bewahren»[30]). Im alten Erbrecht der Stadt Zürich vom 18. Juni 1722[31]) handelt § XIII «von Zusammen-Theilungen». Zur Gültigkeit bedurfte sie bereits der förmlichen Aufrichtung und Bestätigung durch die «Obrigkeit». Dort findet sich aber auch eine Überleitung zu den später zu besprechenden bernischen Familienkisten, der Gedanke der Vorsorge gegen etwaige Verarmung einzelner Familienglieder: «Hingegen sollen diejenigen Geschwisterte, welche also zusammen getheilt, auch schuldig und verbunden seyn, wann das ein- oder andere aus ihnen, oder auch ihrer Kinder und Nachkommende zu Mangel und Armut kämen, dieselbige einig und allein zu erhalten und zu versorgen ...».

Vor der Privatrechtsvereinheitlichung waren es nur fünf Kantone, welche die Gemeinderschaft gesetzlich geregelt hatten, ausser Zürich noch Schaffhausen, Freiburg, Waadt und Neuenburg; sie kam aber auch in andern Kantonen vor[32]). Jedenfalls konnte Eugen Huber in den Beratungen zum ZGB ausführen, eine nähere Prüfung gelange zu dem Ergebnis, «dass solche Gebilde in überraschend grosser Zahl in allen Landesteilen vorkommen». Im Oberaargau ergab eine Statistik, «dass fast in jedem

[29]) Hübner, a. a. O. S. 155.

[30]) Aus Bluntschlis Erläuterungen zu § 1366 geht allerdings hervor, dass man in der Kommission fand, «die Begründung einer solchen Gemeinschaft» sei «bei der gegenwärtigen Beweglichkeit des Lebens bedenklich».

[31]) Sammlung der bürgerlichen Gesetze und Anordnungen loblicher Stadt und Landschaft Zürich, 1829, II Teil, S. 62.

[32]) Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, Bd. III. Basel 1889, S. 759; beispielsweise kannte Schwyz Bestimmungen über die Beerbung eines Gemeinders.

Dorfe Gemeinderschaften in ein, zwei, drei Fällen vorkommen, sei es als fortgesetzte Erbschaftsgemeinschaften oder neubegründeter ungeteilter Familienbesitz»[33]).

Trotzdem sie nicht eigentlich in den historischen Rahmen, sondern in das geltende Recht des ZGB gehören, sei in diesem Zusammenhang gleichwohl auf die Ertragsgemeinderschaften hingewiesen (Art. 347 f. ZGB)[34]). Gerade um die etwas altertümlichen, unbeweglichen Gemeinderschaften «den modernen Bedürfnissen näherzubringen»[35]), wurde von dem üblichen Erfordernis der gemeinsamen Bewirtschaftung und dem Gesamthandverhältnis bezüglich der Verwaltung des Gemeinderbetriebes abgegangen. Wirtschaftlich liegen die Verhältnisse ganz ähnlich wie bei der Familien-A.-G. und man könnte, gäbe es eine feste Form der Familien-A.-G., jene als typisches Mittelglied zwischen dieser und den altgermanischen Ganerbschaften bezeichnen. Darnach kann die Gemeinderschaft auch in der Weise begründet werden, dass die gemeinsame Wirtschaft — ist doch sie und nicht die communio als solche meistens «mater rixarum» — aufgehoben und das Gemeinschaftsgut der Verwaltung und Leitung eines einzigen unter den Miterben übertragen wird. Der Übernehmer der Gemeinderschaft hat den Gemeindern jährlich ihren Kopfteil am Reingewinn zu entrichten, während das Gut Gesamtgut bleibt[36]).

2. Die Fideikommisse. Gemäss Art. 335 ZGB ist die Errichtung neuer Fideikommisse nicht mehr gestattet. Soweit dagegen die frühere kantonale Gesetzgebung solche zugelassen[37]), blieben die bei Inkrafttreten des ZGB bestehenden unangetastet. «Durch das Familienfideikommiss haben vorsorgliche Hausherren, sowohl adelige als reiche Bürger des Patriziats, darnach gestrebt, den mittelalterlichen Zustand des Hausvermögens in der neueren Zeit (XVI. bis XVIII. Jahrh.) künstlich wiederherzustellen. Sie benutzten ihre Verfügungsfreiheit, um ihre Nach-

[33]) Sten. Bull. 1905, S. 856 f. — In den Erläuterungen zum VE, S. 248, sind die genaueren Angaben: in 21 Gemeinden 35 Gemeinderschaftsverhältnisse.

[34]) Über Ansätze dazu im älteren Recht vgl. Egger, Komm. Anm. 1 a zu Art. 347 und die dort Zitierten.

[35]) Huber, Erl. a. a. O. S. 248.

[36]) Über die Vorzüge des Instituts vgl. Huber, Erl. a. a. O.

[37]) Zu Beginn des XX Jahrh. kamen sie hauptsächlich noch in den Kantonen Luzern und Solothurn vor. Sten. Bull. 1905, S. 856.

kommen jedes Verfügungs-, Veräusserungs- und Belastungsrechts zu berauben[38]).» Das Institut entspricht der römischen substitutio pupillaris, kennt aber eine Regelung des Erbganges bis auf mehrere Generationen. Nach gemeinem Recht konnte jedes dauernd fruchttragende Vermögensstück Fideikommissgegenstand sein; Veräusserung oder Belastung des Gutes war an sich nichtig[39]), so dass, wie Legras[40]) unmissverständlich bemerkt, «solche Geschlechter bei allen Geschlechtern Bankerott machen durften, ohne das Hausvermögen zu zerstören». In Deutschland kam — hauptsächlich nur in Kreisen des niederen Adels — das Fideikommiss durch Familienverträge oder einseitige Verfügungen seit der Rezeption auf; der alte Boden war aber so gut vorbereitet, die germanischen Grundsätze des Erbrechts über Primogenitur und Gemächte schon so sehr ins Gegenteil verkehrt worden, dass ausgerechnet dem römischen Rechte die Aufgabe zukam, die «Gebundenheit des Nachlasses und das gleiche Erbrecht aller Kinder», dem deutschen «dagegen die Freiheit in der Regelung des Übergangs des Nachlasses zugunsten eines unter mehreren Kindern» zu vertreten[41]).

In die Schweiz dürfte die Kenntnis des Fideikommisses von den französischen und spanischen Höfen durch den fremden Dienst, die Geldreserven ebendaher in die Familien der patrizischen Söldneroffiziere, gelangt sein[42]). Bald war das Institut kein Vorrecht des Adels mehr, sondern man überliess dem Bürger stillschweigend dieselbe Freiheit, und aus allen Gegenden der Schweiz sind Fälle von Fideikommissen überliefert[43]). Wenn freilich Zürich im Erbrecht von 1716, Th. III, § 3 das Fidei-Commissum definiert als «das, was einem hinterlassen wird, mit Bitt jemand anderem solches zu übergeben oder zuzustellen», hat dies mit dem Familienfideikommisse nichts zu tun, sondern ist «eine auf der

[38]) Legras, a. a. O. S. 191.

[39]) Stammler, Enzykl. I, S. 408.

[40]) a a. O. S. 192.

[41]) Huber, System IV, S. 626.

[42]) Max Weber, a. a. O. S. 107 f. leitet die Verbreitung des Instituts vom Vordringen der arabischen Völker nach Westen ab.

[43]) Genaue Angaben bei Huber, System IV. S. 627 f., Anm. 45, insbesondere auch über die Fideikommissordnung von Luzern 1721. Über letztere ferner Sautier, Die Familienfideikommisse der Stadt und Republik Luzern, 1909.

Schule gelernte Erklärung des römischen Fideikommisses»[44]) = Legates. Das preussische A. L. R. hatte dem Institut eine eingehende Regelung zuteil werden lassen und das Einf.G. zum BGB hatte die landesgesetzlichen Vorschriften über das Familienfideikommiss vorbehalten; im Gebiete der Schweiz steht an Normativbestimmungen über dieses Gebilde die bereits erwähnte Luzerner Fideikommissordnung einzig da[45]). Dagegen tauchen in der Regenerationsperiode allenthalben im Lande Prohibitivbestrebungen auf: In den kantonalen Privatrechten[46]) wurden immer häufiger und ausgedehnter Bestimmungen aufgestellt, die eine Bindung von Vermögen in Gestalt von Familienfideikommissen untersagten[47]). Schliesslich forderten Waadt und Neuenburg als erste ein schweizerisches Verbot. Eugen Huber beschwichtigte vergeblich: Die sozialen Anschauungen unserer Bevölkerung sind u. E. an und für sich schon kräftig genug, um ein Überwuchern des geschlossenen Familienbesitztums unmöglich zu machen, und einer bloss gelegentlichen Ausnahme, wenn da und dort ein Familienfideikommiss neu begründet würde, könnten wir irgendeine gefährliche Wirkung niemals zuschreiben. Es wird im Gegenteil nur von guter Folge sein, wenn dergestalt eine Aufspeicherung ökonomischer Kräfte im Besitze einzelner Familien den Wohlstand des Landes im allgemeinen vermehrt[48]). Die politische Mode siegte über ethische und wirtschaftliche Erwägungen und das Verbot der Errichtung neuer Familienfideikommisse fand Eingang im ZGB.

Wenn wir dem verpönten Institut hier gleichwohl unsere Aufmerksamkeit geschenkt haben, geschah es aus drei Gründen: einmal verkörpert das Familienfideikommiss in aller Schärfe

[44]) Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, II. Teil, Zürich 1856, S. 319. — Über Ursprung und Entwicklung des röm. Fideikommisses etwa Sieber, Geschichte des röm. R., Leipzig 1925, S. 197.

[45]) Von den kant. Gesetzgebungen des XIX. Jh. hat keine dem Familienfideikommiss einen Platz eingeräumt, Silbernagel, Komm. Fam. R., II., Bern 1927, N. 19 zu Art. 335

[46]) St. Gallen nahm das Verbot, «Vermögen als bleibendes Erbgut einer Familie zu verschreiben», sogar als Art. 33, Abs. 2, in die Verfassung v. 16. Nov. 1890 auf.

[47]) Sten. Bull. 1905, S. 856. — Ausführlich sind die kant. privatrechtl. Verbote der fideikommissarischen Stubstitution behandelt bei Huber, System, Bd. II., S. 243 f.

[48]) Huber, Erläuterungen zum VE, II. Aufl., Bern 1914, S. 245.

die beiden Momente, die bei der modernen Familien-A.-G. regelmässig zu verwirklichen gesucht werden, nämlich Sicherung des Familienbesitzes auf Generationen hinaus durch gewillkürte blutverbundene Verwalter und Haftungsbeschränkung, sei es dort unter Enthebung des ausgesonderten Familiengutes von der Haftung, sei es hier unter Beschränkung der Haftung bis zu einem bestimmten Betrag des Familienvermögens;

ferner können die nämlichen Interessen auch auf dem Wege der Familienstiftungen, wie sie im Art. 335 ZGB zugelassen sind, verfolgt werden, womit bewiesen ist, dass zwar der Name des Instituts und seine Herkunft «mit der Rechtsauffassung des Volkes im Widerspruch»[49]) stehen mögen, nicht aber der materielle Gehalt, da ja die Surrogate erlaubt sind;

endlich hat, wenn auch in polemischem Sinne, bei Beratung des neuen Aktienrechts ein Votant nicht umhin können, die Stimmrechtsaktie mit den Schreckgespenstern von «wirtschaftlichen Fideikommissen» und «industriellen Erbdynastien»[50]) in Zusammenhang zu bringen. Dass in Wirklichkeit über die Familien-A.-G. die Zwecke des früheren Fideikommisses erreicht werden können, wird später eingehender dargelegt[51]).

Ob die Familienkisten des bernischen Rechts[52]) als Fideikommisse oder als Stiftungen anzusehen sind, ist bestritten. Legras[53]) erwähnt sie in Verbindung mit den ersteren, lässt sie jedenfalls praktisch eine ähnliche Rolle spielen; nach Silbernagel[54]) trägt die Geschlechterkiste «eher den Charakter einer Stiftung an sich». Auch E. Huber[55]) grenzt sie als Stiftungen im Rechtssinne mit juristischer Persönlichkeit gegen das Fideikommiss ab, obgleich sie ähnliche Privilegien genossen und entsprechenden Beschränkungen unterworfen waren wie das letztere. Der Zweck war, bedürftigen Familiengliedern «aus diesen bei-

[49]) Sten. Bull. 1905, S. 656.

[50]) Sten. Bull. N. R. 1934, S. 318.

[51]) Vgl. unter § 4 IV.

[52]) Ordnung und Reglement vom 21. Nov. 1740.

[53]) a. a. O. S 152.

[54]) Komm. Fam. R., N. 19 zu Art. 355 ZGB. — Hoffmann, Die Familienstiftung, Diss. Bern 1918, S. 22 f., will sie zwar nicht mit der Familienstiftung identifiziert wissen, verweist aber auf die zahlreichen Berührungspunkte mit dieser Institution sowohl im Aufbau, wie im gesetzgeberischen Zweck.

[55]) System II. S. 252 f.; IV, S. 629.

geschlossenen Kistengeldern christmildreiche Handreichung und Beysteuer zum Trost und Unterstützung ..... mitteilen zu können»[56]); im Interesse der «Beibehaltung bürgerlicher Gleichheit», war die obere Grenze solcher letztwilliger oder aus Zuschüssen von Verwandten gebildeter «Verfügungen zu toter Hand» 200.000 Bern-Pfund pro Familie[57]). Wirtschaftlich betrachtet, war hier ein grösseres Kapital ausgesondert oder zusammengetragen, als Rechtssubjekt verselbständigt und einem durch das Blutband exklusiv abgeschlossenen Kreis von Ansprechern als unantastbares Vermögen zur Nutzniessung überlassen, eine risikolose Sicherung des Fortkommens aller Familienglieder, wie sie mit den Mitteln der Kapitalgesellschaft nie wird erreicht werden können.

Durch Gesetz vom 6. Mai 1837 wurde die Errichtung neuer Familienkisten von der Bestätigung durch den Grossen Rat abhängig gemacht.

3. Die Aktiengesellschaften. Nicht von ungefähr fallen die gesetzgeberischen Vorstösse gegen familiengebundene Stammgüter mit der Förderung korporativer Erwerbsvereine zusammen. Die vordrängende Industrialisierung, Hand in Hand mit den neuen, freiheitlichen, individualistischen und politischen Grundsätzen, lassen sich um die Mitte des vorigen Jahrhunderts daher auch im gesetzten Recht als Wendepunkt feststellen. Waren es unter dem Regime der «gnädigen Herren und Oberen» im XVIII. Jahrhundert die Grundsätze der Erhaltung der über- und untergeordneten Familien und ihrer materiellen Existenzmittel, bedeutete die Verankerung des Grundsatzes, dass ausschliesslich das Volk der freien und gleichen Bürger Träger der staatlichen Gewalt sei, in den Verfassungen und Gemütern vor hundert Jahren zugleich eine Begünstigung der aufkommenden liberal-demokratisch, rein kapitalistisch organisierten Gesellschaftsform, insbesondere der A.-G. mit der Generalversammlung als parlamentarischem, oberstem Organ. So bestimmte das thurgauische Privatrechtliche Gesetzbuch von 1860/85 in § 24: «Privatrechtliche Gesellschaften geniessen für ihr Entstehen, für ihre Einrichtung und für die Verwaltung ihres Vermögens und für ihre Auflösung

[56]) Über Ursprung, Zweck und Absichten der Kisten der de Loys, v. Erbach, v. Wattenwyl, v. Wurstemberger, Kirchberger, v. Graffenried, v. Diesbach vgl. besonders Stettler, Die bern. Familienkisten, in Z. b. J. V., Bd. LVIII, S. 97 ff.

[57]) Näheres bei Huber, System IV., S. 629, Anm. 46.

volle Freiheit und richten sich hierin nach denjenigen Statuten, welche sie sich selbst geben». (Selbst der Bundesrat begleitete den Departementalentwurf von 1879 zum OR mit der Feststellung bezüglich des Aktienrechts, der Entwurf habe eine Reihe von Normen aufgestellt, durch welche ... dem Bedürfnisse nach möglichst freier Bewegung ... in höherem Masse als durch alle bisherigen Gesetzgebungen Rechnung getragen ...» sei)[58]). Trotzdem man annehmen sollte, in der Schweiz habe sich, mehr als in andern Staaten, das korporative Leben von jeher frei und ungehindert entfalten können, hatten doch bloss drei Kantone, Genf, Graubünden und St. Gallen[59]), in ihren Kodifikationen der Regenerationszeit die Staatsgenehmigung für Aktiengesellschaften fallen gelassen. Dagegen handelten z. B. die §§ 22—24 des zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuches von der Entstehung der A.-G., d. h. von der Genehmigung durch den Regierungsrat, von der staatlichen Prüfung, ob «die öffentliche Wohlfahrt oder der Kredit» durch dieselbe nicht gefährdet sei usw.[60]). Der Widerspruch lässt sich nur erklären mit den Enttäuschungen beim Zusammenbruch der Gründerperiode 1873[61]), die auch Rudolf v. Jhering zu den kaum mehr zu überbietenden Verdächtigungen, wenn nicht gar Schmähungen des Rechtsinstituts der A.-G. hingerissen haben: «Unter den Augen unserer Gesetzgeber haben sich die A.-G.en in organisierte Raub- und Betrugsanstalten verwandelt, deren geheime Geschichte mehr Niederträchtigkeit, Ehrlosigkeit, Schurkerei in sich birgt, als gar manches Zuchthaus, nur dass die Räuber und Betrüger hier statt in Eisen in Gold sitzen ... Die Verheerungen, die sie im Privatbesitz angestiftet haben, sind ärger, als wenn Feuers- und Wassernot, Misswuchs, Erdbeben, Krieg und feindliche Okkupation sich verschworen hätten, den Nationalwohlstand zu ruinieren»[62]). Dass das in den meisten Kantonen also blühende Octroi-System — Art. 23 des waadtl. Gesetzes über die Handelgesellschaften von 1852 sagt klipp und klar: «La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat» — der Gründung von

[58]) Botschaft des Bundesrates v. 27. Nov. 1879, § 14, S. 52 f.

[59]) Unvollständig daher Fick in ZHR, Bd. XIII (1869), S. 412.

[60]) Bluntschli, Privatr. Gesetzbuch f. d Kt. Zürich, I. Teil, Zürich 1854.

[61]) Ein latentes Vorurteil mochte allenthalben bereits seit den Südseeaktienschwindeleien in England von 1720 bestanden haben.

[62]) Der Zweck im Recht, I., S. 222 f., zitiert bei Passow, Die Aktiengesellschaft, Jena 1922. S. 11.

Familien-A.-G.en nicht förderlich war, liegt auf der Hand. Keine um die wirtschaftliche Sicherung der Glieder und Nachkommen besorgte Familie hängt die bezüglichen ökonomischen Mittel gern an die sogenannte grosse Glocke! Waren aber die bedenklichen Erfahrungen der Gründerjahre in Deutschland gerade darauf zurückzuführen gewesen, dass der Konzessionszwang, an dem das Handelsgesetzbuch von 1861 noch festgehalten hatte, durch die erste Aktiennovelle vom 11. Juni 1870 aufgehoben worden war, ohne dass ein Äquivalent etwa in strafferen Normativbestimmungen geboten worden wäre, konnten die demokratischen Schweizer Kantone nicht ausgerechnet für exklusive Familiengesellschaften Ausnahmen statuieren — so begründet sie wirtschaftlich gewesen wären! Dennoch sind einzelne heute noch erfolgreich bestehende Familiengesellschaften in jener Zeit entstanden.

Zweiter Abschnitt.

Die wirtschaftliche Bedeutung.

§ 3. Die wirtschaftspolitische Fragestellung.

I. Die Familie wächst auf dem Boden eines ererbten oder selbstgeschaffenen Heimes zu einer Wirtschaftsgemeinschaft, die für den Unterhalt ihrer Glieder aufkommt und so die erste Vorbedingung irdischen Schaffens und Gedeihens, die Sicherung von Lebensraum und Lebensbedarf bedeutet. Es ist nun ein sehr auffallender Umstand, dass die älteste und wichtigste soziale Gruppenbildung bezüglich ihrer selbständigen Vermögensunterlage schlechter gestellt ist als jeder Verein»[1]). Diese Entwicklung lässt sich bis zu einem gewissen Grade erklären mit der Berauschung der gesamten öffentlichen Meinung des Abendlandes an den liberal-demokratischen Emanzipationsbestrebungen zu Beginn des vorigen Jahrhunderts, an der Befreiung von den überlieferten Bindungen gegenüber Kirche und Obrigkeit, gegenüber Familie und Mitmenschen. Neben manch grossen kulturellen Errungenschaften zeigt sich auch der Nachteil der Überstürzung des Bruchs mit der Vergangenheit: Das zwangsläufig zum Wohlfahrtsstaat entwickelte Gemeinwesen, das bald jeder zweite Bürger als Nutzniesser in Anspruch nehmen zu können glaubt, vermag dem Ansturm der Hilfeheischenden nicht mehr gerecht zu werden. Die unter politischem Drucke eingeführten Sozialversicherungen vermögen nicht nur nicht, sich selbst zu erhalten, sondern auch die Reserven des Gemeinwesens zur Deckung der Defizite sind mehr wie erschöpft! Beginnt man den Fehler der wirtschaftlichen Unterminierung der Familie zu bereuen?

II. Im Herbst 1937 nahm Bundesrat Obrecht in Olten an einer Konferenz über «Familienschutz» teil; da eine moralische He-

[1]) Jung, Bürgerl. Recht, in Stammlers Enzyklopädie I. S. 1075.

bung der Familie ohne Sicherung von deren materiellen Existenz undenkbar ist, wird, trotzdem nichts weiter darüber verlautete, auch über letztere gesprochen worden sein, und im Frühjahr 1938 hatte im Zürcher Wahlkampf eine junge Partei die Parole ausgegeben: Familienstiftung statt Arbeitslosenunterstützung![2]). Zwar waren Bestimmungen über den Schutz des Familien- bzw. Blutbandes hierzulande stets in Kraft, und die Fürsorgebehörden machen neuerdings in immer ausgiebigerem Masse auf die primäre Unterstützungpflicht der Blutsverwandten aufmerksam. Aber hier handelt es sich nicht um bestimmt umschriebenen Zwecken gewidmetes Familienvermögen, sondern nur um eine gewisse wirtschaftliche und zeitlich beschränkte moralische Bindung der gleichzeitig lebenden Familienglieder untereinander. Es liegt eine bittere Ironie in der Tatsache, dass vor annähernd genau hundert Jahren es dem freiheitlichen Bern «gelang», in den Kistenverband eine Bresche zu schlagen und ihn zu sprengen[3]), weil der Grundsatz der Kistengründer, «soll die Familie weiterblühen, so muss die heranwachsende Jugend richtig erzogen werden und da, wo das Vermögen (des Einzelnen) nicht hinreicht, soll die Familie (im weiteren Sinne) einspringen können» dem Souverän anscheinend nicht genehm war, und es heute von den organisierten Heeren der Arbeitslosen, der Krisen- und Winterhilfsbedürftigen als schreiendes Unrecht abgelehnt wird, eventuell in Zukunft an ihre Familienstiftung gewiesen zu werden!

III. Bieten Fideikommisse, Familienkisten und -stiftungen eine Sicherung gegenüber den wechselnden Schicksalen der Familienglieder in einer nicht voraussehbaren Zukunft, will die Familiengesellschaft bereits für die Gegenwart ein Unternehmen mit geeinten Kräften betreiben. Als privater Betätigungsbereich der Unternehmerfamilie bedeutet es für sie die Grundlage der Entfaltungsmöglichkeit schöpferischer Initiative, die nicht nur als Einkommensquelle zu werten ist, sondern in ihrer weiteren produktiven Auswirkung sich unmittelbar als Quelle der Bereicherung des gesamten Volksvermögens erweist. Je gefährlicher aber auch und riskanter ein Unternehmen ist, «desto näher liegt es, die Beteiligten und Mitarbeiter aus dem Kreise der Personen zu ent-

[2]) Ziff. 21, Grundsätze des Landesringes der Unabhängigen, Zürich 1937: «... die verschiedenen Sozialversicherungen und Fürsorgeeinrichtungen haben ihren Weg über die Familiengemeinschaft zu nehmen.»

[3]) Gesetz von 1837; Näheres bei Stettler, a. a. O. S. 161/165.

nehmen, die schon durch das Band der Blutsgemeinschaft festeren Zusammenhalt und grössere Sicherheit verbürgen»[4]). Der treuen, stetigen und anfangs wohl oft auch selbstlosen Arbeit entspricht die Aussicht auf den Ertrag, der ungeschmälert den verbundenen Gliedern zukommen soll. Weil die Treue durch Statut oder gar dingliche Vinkulierung der Aktien zur rechtlich erzwingbaren Pflicht eines jeden Mitgliedes gemacht wird, ist jede Spekulation mit den Anteilen ausgeschlossen. Nicht weil die Familiengesellschaften im Vergleich zu den gewöhnlichen Kapitalgesellschaften weniger Gewähr bieten[5]), werden sie verdächtigt, sondern weil nicht jeder beliebige Kapitalist mittun und am Erfolg teilhaben kann. Hier ruft nicht das Risiko der Beteiligung gelegentlicher Anfeindung, sondern der Ausschluss davon.

IV. Die Familien-A.-G. bildet eine, aber nicht in allen Fällen die zweckmässigste Unternehmungsform durch das Blutband verknüpfter Teilhaber. Unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung von Familienvermögen muss sie auf eine Linie gestellt werden mit den Gemeinderschaften, insbesondere der Ertragsgemeinderschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft, mit Familienfideikommissen und -stiftungen, dem Erbhof des neuen deutschen Rechts usw. Diese Aufspeicherung ökonomischer Kräfte im Besitze oder Interesse einzelner Familien kann dem Wohlstand des Landes und dem allmählichen Abbau seiner Soziallasten nur zuträglich sein. Auch die Freiheitsrechte des nichtbeteiligten Bürgers — den Neid der gewollt oder selbstverschuldet Besitzlosen rechnen wir nicht hierzu — werden dadurch nicht berührt. Allerdings haben einst die Fugger in Augsburg, die ausschliesslichste[6]) und reichste Familiengesellschaft des ausgehenden Mittelalters, Fürsten ab- und eingesetzt und das Vermögen von Päpsten und Kaisern verwaltet[7]), sich aber auch als grosszügige Mäzene und als Freunde der Armen erwiesen. Wenn überhaupt eine Gefährdung der Volksrechte in der politischen Einfluss-

[4]) Hengstmann, a. a. O. S. 5.

[5]) Wir haben hier nur die verantwortungsbewussten Gründungen im Auge. Beispielsweise halten die unzähligen «Papiermarkgesellschaften» der Inflationszeit — vgl. darüber etwa Kisskalt, in N. S. Handbuch, S. 1138 — den Vergleich nicht aus.

[6]) mit Ausnahme vielleicht der Strozzi in Neapel, die auch die Angestellten zum grössten Teil der Familie entnahmen.

[7]) Vgl. darüber u. a. Brandt, Die Fugger, Jena 1928. — J. Strieder, Zur Geschichte kapitalistischer Organisationsformen, München-Leipzig 1914, S. 95 ff.

nahme des Kapitals liegen kann, ist sie verkappt weit bedenklicher denn offen. Die politische Tätigkeit des bekannten Unternehmers reizt Kunden, wirtschaftliche Gegner und nicht zuletzt auch die Gläubiger zur Stellungnahme und Überprüfung, während die anonyme Kapitalbeteiligung von Parlamentariern und Mitgliedern der Regierung die Gefahr einer dauernden unkontrollierbaren Unterordnung oder doch zuletzt gelegentlichen Dienstbarmachung der öffentlichen Belange zwangsläufig bedingt.

V. Regelmässig bietet das Familienunternehmen zahlreichen nicht zur Familie gehörenden Arbeitern und Angestellten Betätigungsmöglichkeit und wird so, infolge der engen Verquickung des Schicksals jener mit dem Wohle des Unternehmens zur Grundlage für deren Existenz. Da jede geordnete Arbeit zugleich höchste sittliche Werte zur Entfaltung zu bringen vermag, verkörpert das Familienunternehmen, wie jeder zu gesunder, stetiger Entwicklung berufener Betrieb, ideelle Aufgaben, deren Vernichtung durch Spekulation oder unverantwortliche Führung und Verwaltung «sogar zur Gefährdung des Staates und der Volksgemeinschaft führen kann»[8]). Berücksichtigt man endlich die wirtschaftliche Verflechtung jedes Unternehmens im Rahmen der Gesamtwirtschaft, wie es vielfach als unentbehrliches Glied zwischen andern Unternehmungen steht, begreift man auch die Forderung des neuen Deutschland hinsichtlich der Umgestaltung seines Aktienrechts: «Schutz des Unternehmens und seiner Gefolgschaft gegen spekulative Eingriffe»[9]), drohen diese von Seiten eines Dritten oder der Unternehmerschaft selbst. Nicht der Unternehmer in seinem selbstsüchtigen Bestreben, auch nicht der anonyme Kapitalist verdient besonderen Schutz, sondern das Unternehmen in seiner Einordnung in das oberste zu schützende Rechtsgut des Wirtschaftsrechts, in die nationale Gesamtwirtschaft. Man hat es als Aufgabe der Wirtschaftswissenschaft bezeichnet, «auf Grund genauer Rückschau und gewissenhaft ausgewerteter Erfahrungen sowie unter behutsamen Versuchen zu einer Vorschau die Bedingungen zu erkennen, unter denen die materielle Existenz des Volkes und ihr harmonischer

[8]) Würdinger, in N S. Handbuch, S. 1119. — Wie physischer Mangel und seelische Unerfülltheit des Lebens des Arbeitslosen seine sittliche Gesundheit untergraben, beweisen die Wirtschaftskrisen der Nachkriegszeit in ihrer Auswirkung auf die Kriminalität und den extremen Radikalismus.

[9]) Kisskalt, a. a. O. S. 1137.

Einbau in die Gesamtordnung der Gegenwart und Zukunft so vollkommen und so sicher wie möglich gestaltet werden kann»[10]). Dann darf aber in Zukunft die A.-G. nicht mehr ausschliesslich nach den liberalistischen Grundsätzen der von Sonderinteressen beeinflussten und geforderten Planlosigkeit in Erzeugung und Verteilung, auch nicht bloss «an Hand der Regeln eines formalistischen Gesellschaftsrechts und -vertrages zu schablonisieren» gesucht werden, sondern soll vor allem die Frage der Stellung des Betriebes zur Gefolgschaft und zur Allgemeinheit gewürdigt und auf diesem Wege die A.-G. aus der Privatsphäre «emporgehoben werden zu einer Art öffentlichen Instituts»[11]).

VI. Die Familien-A.-G. scheint berufen, ein hervorragendes Bindeglied zwischen der von einer verantwortungsbewussten Persönlichkeit geleiteten Einzelunternehmung und dem anonymen Kapital, dessen alleinige Richtschnur des Handels die Mehrung von Titeln der Verfügungsmacht ist, um jene Verfügungsmacht wieder zum Erwerb einzusetzen»[12]) zu sein. Während in der gewöhnlichen A.-G. die Aktie als das Treibende, die Seele, das Lebenselement angesehen wird[13]), liegt bei der Familiengesellschaft das entscheidende Gewicht bei der Führung und Verwaltung als Unternehmerfunktion mit bewusster Unterordnung der Kapitalfunktion. Bei der Familien-A.-G. kann kaum von einer «Schwierigkeit der Gestaltung der Herrschaftsverhältnisse, einer Kompliziertheit der Willensbildung»[14]) gesprochen werden, weil im grossen und ganzen, wie bei der Einzelunternehmung, die Interessen der Unternehmerfamilie und der Unternehmung parallel geschaltet sind. Ihr wirtschaftlicher Zweck ist, wie der jeder Unternehmung, Ertragserzielung. Sie vermag sich die charakteristischen Vorzüge der Einzelunternehmung: Beweglichkeit, rasche Entschlussfassung, Einsetzung von ganzen Persönlichkeiten der Unternehmerfamilie und das gute, persönliche

[10]) Hasensack, in Ztschr. f. d. ges. Staatswiss., 98. Jg., S. 204.

[11]) Eichler, in Ztschr. f. d. ges. HR., 1937, S. 205 f.

[12]) Nach Vollwassen, Die neuen Aufgaben der Wirtschaftspolitik, in Finanz.-Archiv, N. F. Bd. 5, S. 30.

[13]) Die Verhimmelung bei Düringer-Hachenburg III/1, S. 196 «In der Aktie werden tiefste Triebkräfte des homo oeconomicus in genialer Weise der Gesamtwirtschaft dienstbar gemacht; das Mysterium der Aktie ist noch nicht ergründet und noch weniger beschrieben», dürfte heute allenthalben einer kühleren Würdigung Platz gemacht haben.

[14]) Eichler, a. a. O. S. 206.

Einvernehmen mit den Hilfs- und Arbeitskräften[15]) zunutze zu machen, ohne den wirtschaftlichen Schwächen jener, der Begrenztheit der persönlichen Leistungsfähigkeit des Einzelunternehmers, seiner Kapitalkraft und Kreditfähigkeit, sowie der «Begrenzung der Existenz und der ertragswirtschaftlichen Kapazität der Unternehmung durch Abhängigkeit von den geistigen und körperlichen Kräften, der Lebensdauer und der Gesundheit des Unternehmers[16]) ausgeliefert zu sein.

VII. Vielleicht den trefflichsten Beweis der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Familiengesellschaften vermag die Nennung einiger Firmen von bestem Rufe abzugeben. Die Aufzählung ist allerdings weder systematisch noch vollständig. Einer erschöpfenden oder gar statistisch genauen Erfassung würden allzugrosse Schwierigkeiten entgegenstehen, die sehr oft in der Abneigung der Familiengesellschaften gegen Blosslegung ihrer inneren Struktur begründet liegen und entschuldigt werden müssen[17]). Jedenfalls mag die nachstehende Liste dartun, dass die geringschätzige Bemerkung von Ständerat Isler[18]) über die «Aktiengesellschaften von bloss familiärem Charakter» kaum gerechtfertigt war.

a) Schweiz.

Firma und Sitz	Gegenstand	Kapital	Literatur
Chocolat Suchard S.A. Neuchâtel	Confiserieart.	2,000,000.— Fr.	
Heberlein & Co. A.G. Wattwil	Textilindustrie	3,000,000.— Fr.	Festschrift[19])
Jakob Rohner A.G. Rebstein	Textilindustrie	1,500,000.— Fr.	
Kaiser & Co. A.G. Bern	Vereinigte Spez.-Geschäfte	1,200,000.— Fr.	
A. Hürlimann A.G. Zürich	Brauerei	8,000,000.— Fr.	
Gebr. Sulzer A.G. Winterthur	Maschinenfabrik	20,000,000.— Fr.	Festschrift[20])

[15]) Bezeichnend sind die Zusicherungen der Witwe F. A. Krupps im November 1902 vor der Umwandlung des Unternehmens in eine A.-G.

[16]) Leitner, Wirtschaftslehre der Unternehmung, Berlin 1926, S. 220.

[17]) Flechtheim, Die Satzungen der deutschen A.-G en, Mannheim 1929, S. XI (Vorwort) lässt die Fam lien-A.-G.en ausdrücklich ausser Betracht.

[18]) Sten. Bull. St. R. 1931, S. 612. — Vgl auch unter § 7.

[19]) 100 Jahre Heberlein 1835—1935, Art. Institut Orell Füssli, Zürich 1935.

[20]) 100 Jahre Gebrüder Sulzer 1834—1934, Art. Institut Orell Füssli, Zürich 1934.

Firma und Sitz	Gegenstand	Kapital	Literatur
Dr. Wander A.G. Bern	Diät. Lebensmittel	2,400,000.— Fr.	NZZ. 1938, Nr. 694
Konsum Baer-Pfister A.G. Zürich	Lebensmittel	300,000.— Fr.	NZZ. 1938, Nr. 270
Consum A.G. Dennler & Co. Zürich	Lebensmittel	300,000.— Fr.	
Bally-Schuhe-Verkaufs A.G. Schönenwerd	Schuhindustrie	3,000,000.— Fr.	
Arola Schuh A.G. Schönenwerd	Schuhindustrie	2,000,000.— Fr.	
Bally Schuhfabriken A.G. Schönenwerd	Schuhindustrie	12,000,000.— Fr.	
Tuchfabrik Adrian Schild A.G. Bern	Bekleidungsind.	1,000,000.—	
Cilander A.G. Herisau	Textilindustrie	2,000,000.— Fr.	
Löw Schuhfabrik A.G. & Prothos A.G., Oberaach	Schuhindustrie	700,000.— Fr.	(z.T. von der Holding C.F. Bally A.G. aufgekauft)
Weltifurrer Intern. Transport A.G. Zürich	Camionnage	1,000,000.— Fr.	
Franz Carl Weber A.G. Zürich	Spielwarenhandel	300,000.— Fr.	
J. Gfeller-Rindlisbacher A.G. Bern	Wirtschaftsgewerbe	495,000.— Fr.	

b) Deutschland.

Gebr. Junghans A.G. Schramberg	Uhrenfabrik		
Siemens & Halske A.G.[21] Berlin	Elektrotechnik	107 Mill. RM.	
Bibliogr. Institut A.G. Leipzig	Lexika Verlag		Vgl. Meyers Lexikon, Bd. I, 1936
Henschel & Sohn A.G. Kassel	Lokomotivfabrik		Hengstmann, a.a.O. S. 7
Cornelius Heyl A.G. Worms	Lederindustrie		
O.W. Faber-Castell-Bleistift-Fabrik A.G. Stein/Nürnberg	Zeichenutensilien	1,500,000.— RM.	
Bleistiftfabrik vorm. Joh. Faber A.G., Nürnberg	Zeichenutensilien	1,500,000.— RM.	
Fr. Krupp A.G.[22] Essen	Montanindustrie	160 Mill. RM.	

[21]) Familienunternehmen durch Reservierung der Herrschaftsaktien. Vgl. Schlötke a. a. O. S. 51.

[22]) Inhaberaktien im Besitze der Familie Krupp; vgl. Krupp 1812 bis 1912, Festschrift, Jena 1912.

§ 4. Die Familien-A.-G. als privatwirtschaftliche Zweckgründung.

I. Die Gründe, die den Einzelunternehmer, eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft bewegen können, das bereits bestehende oder zu gründende Familienunternehmen in die Rechtsform der A.-G. zu kleiden, sind so mannigfaltig wie die möglichen Gesellschaftszwecke. Jedenfalls hat sich diesbezüglich das Aktienrecht «als elastischer erwiesen, als früher vielfach angenommen wurde» und lässt ohne weiteres Typen zu, «bei denen der Charakter der unpersönlichen Kapitalgesellschaft durch ausgesprochen individualistische Elemente getrübt wird»[23]). Die A.-G.-Form ist «ein juristisches Schema, eine Schablone, der man sich für Zwecke der verschiedensten Art anpassen kann und anpasst, wenn dies aus irgendwelchen äusseren oder innern Gründen wünschenswert erscheint»[24]). Anderseits zeigt Müller-Erzbach[25]) z. T. zwangsläufige Schattenseiten auf, wie das mangelnde Interesse der Aktionäre, Einflussnahme der Konkurrenz, Beeinträchtigung der raschen Entschlusskraft, Versuchung zu schwindelhaftem Wirtschaften, Ungeeignetheit der Form für den Warenhandel usw.[26]). Es müssen demnach entscheidende Gründe sein, die den wirklichen oder vermeintlichen Vorzügen das Übergewicht zu geben vermögen.

II. Beschaffung oder Sicherstellung des Betriebskapitals als der ökonomischen Grundlage des Unternehmens ist der am ehesten in die Augen springende Zweck mancher Familiengesellschaftsgründungen, indem entweder das von der Unternehmerfamilie einzuschiessende Familienvermögen als Unternehmungskapital im Hinblick auf die erstrebte optimale Betriebsgrösse ungenügend und die Beteiligung Dritter mit Leihkapitalien in einem bestimmten beschränkten Umfange betriebswirtschaftlich notwendig ist, oder aber Sicherung der ausreichenden Familienbeteiligung als Unternehmerkapital über künftige Erbteilungen hinaus. Das Ziel ist die Erhaltung des Un-

[23]) Düringer-Hachenburg, III/1, S. 196.

[24]) Passow, a. a. O. S. 2.

[25]) Deutsches H.-Recht, Tübingen 1927, S. 238 f.

[26]) Dass gerade das letztere Bedenken für schweiz. Verhältnisse nicht stichhaltig ist, beweist — neben den Namen von gutem Klang auf der Liste zu § 3/VII. — die Entwicklung der Migros A.-G.

ternehmens, Gewährleistung einer stetigen Fortentwicklung in Hochhaltung der überlieferten Geschäftsgrundsätze. Man hat aus dem Normalfall, dass die A.-G. «dann als die gegebene und unentbehrliche Betriebsform erscheint, wenn es sich darum handelt, für eine grosse Aufgabe grosse Mittel aus vielen Quellen zusammenzufassen, ableiten wollen, über diese Fälle hinaus könne kein Bedürfnis für die Beschaffung unverantwortlichen Kapitals anerkannt werden[27]). Es ist unverständlich, weshalb nicht auch ohne weiteres die bloss teilweise Fremdbeteiligung von einem oder wenigen ausserhalb der Familie Stehenden ein schützenswertes Bedürfnis für die Verwendung der A.-G.-Form bedingen sollte. Etwa weil die aus zahlreichen zersplitterten Quellen geschöpften Mittel einer «reinen» A.-G. weniger gefährdet sind? Oder weil die Form der Kommandit-A.-G. die näherliegende wäre? Oder gar, weil die Struktur der Familien-A.-G. dem Spekulationspapier-Charakter der Aktie so gar nicht entgegen kommt und das übliche Stimulans der Aktienbeteiligung, die menschliche Tendenz, «günstige und erwünschte Chancen bei Wahrscheinlichkeitsberechnungen zu überschätzen und sprechend einer derartigen unverhältnismässigen Bewertung zu handeln»[28]), verachtet und durch sachlichere Erfolgsberechnungen und verantwortliches Einstehen der leitenden Familienglieder aufzuwiegen sucht? Die in jedem Unternehmen verkörperte Leistungsgemeinschaft verdient die besondere Beachtung; die gewählte Rechtsform interessiert erst in zweiter Linie und nur im Zusammenhang mit jener. Wenn und soweit mit der A.-G.-Form dem Familienunternehmen als Leistungsgemeinschaft — im erlaubten Rahmen, mit ehrbaren Zielen und Mitteln — gedient ist, ist sie zweckmässig und ihre Anwendung gerechtfertigt! Ist aber — was regelmässig für gewerbliche Kleinbetriebe zutreffen dürfte — die A.-G.-Form zu umständlich und kompliziert, fällt es dem Unternehmen beispielsweise schon schwer, die Gründungsspesen von sich aus bereitzustellen, ist sie wirtschaftlich unzweckmässig; für solche Fälle ist es zu begrüssen, dass das neue Gesetz selbst zur Annahme besser dienender, bequemerer Formen, insbesondere der G. m. b. H. drängt[29]).

[27]) Kisskalt, a. a. O. NS.-Hdb. S. 1136/38.

[28]) Passow, a. a. O. S. 47.

[29]) Vgl. unter § 7 (Umwandlung).

III. Ob sich das als Familien-A.-G. zu konstituierende Familien-Unternehmen die wertschaffende Tätigkeit — Erzeugung marktfähiger Produkte — oder die wertumsetzende Tätigkeit — gewinnbringende Verwertung — oder beides zur Aufgabe gestellt hat, ist hier ohne Einfluss. Entscheidend aber ist, dass Familienglieder einen Teil ihres Vermögens aussondern und als Unternehmerkapital — für die A.-G. Grundkapital als Passivum — zur Verfügung stellen, und ferner, dass diese Beteiligung zum Zwecke dauernder Beherrschung des Unternehmens durch die Familie nach bestimmtem Plane erfolgt: Einerseits also in der Geschäftsführung mitredender Unternehmerwille, anderseits Beschränkung des Kapitalrisikos. Es ist einer durch unermüdlichen Fleiss und in Ehren zu Vermögen gelangten Familie nicht zuzumuten, nun in alle Zukunft alles erwirtschaftete Vermögen für den unter einigermassen normalen Verhältnissen kerngesunden Betrieb haften zu lassen, nur um bei einer scharfen Krisenwelle den ganzen Wohlstand wieder verrinnen zu sehen. Man kann auch die Rücksicht auf die Gläubiger übertreiben! Blutband geht nach allgemeiner Anschauung vor und die Familie, die ihr Unternehmen rechtzeitig verselbständigt, handelt zweckmässig, gleich einem diligens pater familias. Die Erschütterungen der Wirtschaftskrise 1929—36 haben den einen Vorteil, Haftungsbeschränkung der beteiligten Familienglieder und Nachsehen der Gläubiger, so oft nahegelegt, dass bei Umwandlung von Einzelunternehmungen in Familiengesellschaften sogar regelmässig der Verdacht der bezweckten Gläubigerbenachteiligung auftaucht. Freilich oft mit Unrecht. Abgesehen davon, dass jedes Unternehmen, ja jeder Schuldner nachträglich für die Gläubiger eine Enttäuschung bilden kann, geht es nicht an, die Gründung nur vom Gläubigerstandpunkt und seinem Interesse an möglichst unbeschränkter Haftung aus und unter den widerwärtigsten wirtschaftlichen Verhältnissen zu werten und dafür die näherliegenden Belange der moralischen und ökonomischen Für- und Vorsorge für die Familienglieder ausser acht zu lassen. Wir halten dafür, dass in der Aktivierung der Interessen der Familienglieder am gemeinsamen nach hergebrachten Grundsätzen zu leitenden Unternehmen im Verhältnis ihrer Beteiligung, in der Anspornung und Nutzbarmachung ihrer Fähigkeiten ohne Aussicht auf leichte Befreiung von der übernommenen Ver-

antwortlichkeit und in Ausscheidung eines risikoentbundenen Privatkapitals (für alle Fälle!) wertvollere Garantien liegen, als in der sklavischen Rücksichtnahme auf die Wünsche krisenverängstigter Gläubiger. Die jährliche Bilanzierungspflicht und die verschärfte Verantwortung der Organe vermögen auch auf anfänglich zurückhaltende Beteiligte einen so anregenden Einfluss ausüben, wie ihn reine Privatunternehmen und reine Aktiengesellschaften ohne Bindung der Aktionäre nicht bieten können

IV. Kein Bedürfnis besteht allerdings dafür, dass Einzelunternehmer den bescheidenen Betrieb unter hochtönender Phantasiefirma als Familien-A.-G. weiterführen. Eine für achtenswerte Zwecke, wie Ausbildung von Angehörigen, Äufnung von Familien- oder andern sozialen Fonds verfügbare Rendite ist bei den ganz erheblichen fixen Gründungs-, zusätzlich Verwaltungs- und übrigen Auslagen[30]) nie zu erwarten. Solche Gebilde sind privatwirtschaftlich uninteressant und volkswirtschaftliche Schädlinge, die ernsthafte Familiengründungen, wenn sie nicht gleich mit Millionen-Kapitalien arbeiten, zu diskreditieren vermögen. In diesem Sinne ist die untere Grundkapital-Limite von Fr. 50 000.— zu begrüssen. Kleineren Unternehmen steht die Form der G. m. b. H. als Zwischenglied oder die Form einer eigentlichen Personalgesellschaft oder endlich — wie schon im historischen Überblick erwähnt — in Anbetracht der erbrechtlichen Auseinandersetzung als regelmässigem Anlass zur Gründung einer Familiengesellschaft, die Errungenschaftsgemeinderschaft zur Verfügung.

Dagegen ist kaum etwas einzuwenden, wenn der eigentliche Gründer und Stammvater bezweckt, mit der A.-G ein kaufmännisches Fideikommiss mit Primogenitur und Seniorat einzurichten, indem etwa statutarisch dem jeweils ältesten Abkömmling das Recht auf Geschäftsführung zuerkannt und die Sicherung der — gesetzlich an sich freien — Wahl durch Hinterlegung der Aktien beim Treuhänder und Ermächtigung desselben zur einheitlichen, anordnungsgemässen Stimmabgabe erreicht wird[31]). In den Statuten wären dann zugunsten der nicht zur Führung und Bewirtschaftung berufenen Abkömmlinge

[30]) z. B. Aktienstempel auf dem Grundkapital, Couponsteuer und Krisenabgabe auf dem Ertrag.

[31]) Vgl. Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 147/48.

Garantien aufzunehmen, soweit sie sich nicht schon aus den wohlerworbenen Aktionärrechten ergäben; dabei könnten auch die Grundsätze des Erbhofrechts entsprechende Anwendung finden, etwa dass die Nichtberufenen vorerst aus dem Ertrag des Unternehmens Ausbildung und Ausstattung erhalten und dass bei unverschuldeter Notlage ihnen das Unternehmen Heimatzuflucht zu gewähren hätte[32]).

[32]) Über die Grundgedanken des Reichserbhofgesetzes: Saure, in N.S.-Handbuch, S. 1054 f.

III. Hauptabschnitt.

Das geltende Recht.

§ 5. Gründung und Betrieb.

1. Ohne wirtschaftliche Zwangslage.

Die Anregung zur Gründung einer Familien-A.-G. ist in vielen Fällen auf den Willen eines Testators zurückzuführen. Es ist rein menschlich begreiflich und wirtschaftlich zu begrüssen, dass der Erblasser um die Erhaltung seines Lebenswerkes besorgt ist. Zeit seines Lebens hat er vielleicht an der Entwicklung des aus kleinsten Verhältnissen entstandenen Unternehmens gearbeitet und kann endlich am Lebensabend zufrieden auf das geschaffene einheitliche und nach menschlichem Ermessen festgefügte Werk zurückblicken. Er ist besorgt um die Weiterführung nach den als gesund erprobten Grundsätzen und besorgt schliesslich auch um eine gerechte, gleichmässige Sicherung der Betätigungs- und damit Erwerbsmöglichkeiten seiner Nachkommen und ihrer Angehörigen. Die auseinanderstrebenden, meist jugendlich ungestümen Interessen lassen sich am ehesten mit goldenen Zügeln auf ein gemeinsames Ziel lenken. Der Rahmen der Familien-A.-G. ist, wie schon früher eingehender dargelegt[1]), in besonderem Masse geeignet, allen diesen Wünschen gerecht zu werden, sie in der Satzung bindend zu verankern. Hiezu stehen ihm hauptsächlich zwei Wege zur Verfügung:

a) Die Umwandlung der Einzelfirma noch bei Lebzeiten des Erblassers in eine A.-G.

Als praktisch alleiniger, jedenfalls entscheidender Gründer kann er die Statuten selbst nach Gutdünken abfassen und die Einheit etwa durch Schaffung einer einzigen Grossaktie[2]), an der die

[1]) Vgl. oben § 4.

[2]) Wir lassen hier die zur Gründung erforderliche Pro-forma-Zeichnung der Strohmänner ausser Betracht. Art. 625 OR!

Erben dann Gesamteigentum hätten, erzwingen und durch die Ausschliesslichkeit der Eigentumsrechte an der Aktie zugunsten seiner Blutsverwandten vermittels obligationenrechtlicher Bindungen sichern. Trotzdem unser Gesetz die gleichzeitige Schaffung von Aktien ganz verschiedenen Nennwertes nicht verbietet, wird von dieser Möglichkeit, ähnlich wie in Deutschland, wenig Gebrauch gemacht[3]). Die Gründe dürften in der erhöhten Kompliziertheit des Verfahrens und in der mangelnden Beweglichkeit der auf e i n e Grossaktie gestellten A.-G. zu suchen sein. In der Tat braucht der Erblasser zwei Strohmänner für die Gründung und muss nun, will er auch formal allein Herr im Hause sein, das Grundkapital um den von den Strohmännern gezeichneten Betrag herabsetzen, es sei denn, er zahle jenen Betrag selber nach. Kommt letzteres aus irgendeinem Grunde nicht in Frage, bleibt nur mehr der umständliche Weg der ordentlichen Kapitalherabsetzung mit Revisionsbericht durch anerkannte Revisionsstelle, dreimaliger Veröffentlichung im Handelsamtsblatt, Fristen, öffentlicher Urkunde und Handelsregistereintrag (Art. 732 f. OR). Der kürzere Weg freilich führt über die Rücknahme der Strohmänneraktien durch den Grossaktionär auf Grund innerer Bindung der Strohmänner durch den Gesellschaftsvertrag. Ein Rückk a u f wird daher in der Regel nicht notwendig sein und die Strohmänneraktien können nach dem Gründungsstadium vernichtet werden: Wir haben die Einmann-A.-G., die Vermögens- und Mitgliedschaftsrechte repräsentiert durch die eine Grossaktie[4]). Auch die Geltendmachung der Aktionärrechte der nachmaligen Erben der einen Grossaktie ist zwar keineswegs einfach. Die Aktie wird unteilbares Familienvermögen[5]); die Nachkommen des Gründers und Erblassers erwerben daran Gesamteigentum (Art. 602 ZGB), der überlebende Ehegatte wird entweder eben-

[3]) Düringer-Hachenburg, III/1, S. 146; Flechtheim, a. a. O. S. 9, erwähnt die Gebr. Junghans A.-G., die neben gewöhnlichen Aktien e i n e einzige auf den Namen des Junghansischen Familienrates lautende Mehrstimmen-Grossaktie schuf.

[4]) Über die Einmann-A.-G. vgl. Tomerius, Die A.-G. als Ein-Mann-Gesellschaft usw., Diss. Königsberg 1928; Schneebeli, a. a. O. passim, mit besonders zahlreichem rechtsvergleichendem Material, sowie die dort erwähnte umfangreiche weitere Literatur.

[5]) «Unteilbarkeit» im praktischen Sinne, wenn die Aktie auf einen sechs- oder mehrstelligen Nennwert lautet. — Hengstmann, a. a. O. S. 39 sieht in dieser übermässig starken Bindung des Vermögens der Familienglieder den grössten Nachteil einer solchen «Familienaktie».

falls Gesamthänder oder aber Nutzniesser zur Hälfte (Art. 462, Abs. 1 ZGB) oder gar — nach Verfügung des Erblassers gemäss Art. 473 ZGB — bezüglich des gesamten Nachlasses, der ganzen Aktie. Träfe der letztere Fall zu, könnte ausschliesslich dieser überlebende Gatte die Aktionärrechte geltend machen, denn im Falle der Nutzniessung an einer Aktie wird diese durch den Nutzniesser vertreten (Art. 690, Abs. 2 OR, 755 ZGB); den Söhnen und Töchtern als Gesamthändern stände im Sinne der gleichen Bestimmung lediglich ein Ersatzanspruch zu für den Fall, dass der Nutzniesser etwa sein Recht auf Kosten der Substanz der Erbschaft erweiterte, «wenn er beispielsweise gegen die Schaffung notwendiger und für die Erhaltung des Unternehmens unerlässlicher Reserven stimmt»[6]), d. h. als alleiniger Aktionär und Verwaltungsrat die Reserven als Nutzungserträgnisse in sein Privateigentum überführt. Ist der überlebende Ehegatte ebenfalls Gesamthänder, «können die Berechtigten die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben (Art. 690, Abs. 1 OR), so dass tatsächlich ein Dritter, und nicht die Eigentümer, das entscheidende Wort hätte.

Zweckmässiger ist demnach die A.-G.-Gründung durch den Erblasser im Verein mit seinen Angehörigen, den mutmasslichen Erben. Um den Vorwurf des «Strohmännertums» nicht aufkommen zu lassen, händigt er den Angehörigen Vermögenswerte in Anrechnung an ihren Erbteil aus (Art. 626 f. ZGB), damit sie dieselben entweder in natura als Sacheinlagen bei der Gründung einbringen oder, wenn es sich um Bargeld handelt, die entsprechenden Beträge zeichnen und einzahlen. Durch den formfreien Gesellschaftsvertrag — für das Stadium der Gründung gelten bekanntlich subsidiär die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft — werden die Angehörigen persönlich verpflichtet, in diesem Sinne tätig zu werden. Der Erblasser hat es in der Hand, durch straffe Statuten mit erschwerter Abänderungsmöglichkeit den Zusammenhalt auch nach seinem Ableben tunlichst zu gewährleisten, doch ohne diesfalls so mannigfaltige Hemmnisse, wie bei der Schaffung einer einzigen Grossaktie, überwinden zu müssen. Das Grundkapital wird in Teilsummen zerlegt, die nicht grösser sind als die von den Angehörigen gezeichneten Betreffnisse. Beim Erbgang findet eine einfache Aufteilung des Aktienbesitzes des Erblassers unter die Erben statt, unter Vorbehalt

[6]) Guhl, OR II., S. 290/91.

freilich des bereits oben erwähnten Nutzniesserrechts des überlebenden Ehegatten. Der Zweck, dem Unternehmen über alle «Erbteilungen hinaus das erforderliche Kapital zu erhalten» und zugleich Erbauseinandersetzungen, die so leicht entzweien, zu erleichtern[7]), ist damit ehestens erreicht.

b) Die Gründung einer Familien-A.-G. wird den Erben durch letztwillige Verfügung auferlegt.

Nach Art. 482 ZGB kann der Erblasser «seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung, sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist, jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat»[8]). Der Erblasser wird etwa in seinem Testament verfügen, dass er über den Pflichtteil hinaus den Angehörigen das ganze Vermögen hinterlasse; er lege ihnen aber die Pflicht auf, das Unternehmen zusammenzuhalten und ihre Erbansprüche nicht ohne Not zu versilbern. In diesem Falle stünde es den Erben frei, einfach als Erbgemeinschaft (Art. 602 f. ZGB) wirtschaftlich beisammenzubleiben oder eine andere handelsrechtliche Gesellschaftsform als die der A.-G. zu wählen, beispielsweise eine G. m. b. H., eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft zu gründen und die internen Bindungen der Erben zur Sicherung des Zusammenhaltes unter Ausschluss Dritter im Sinne der testamentarischen Auflage in einem besonderen Gesellschaftsvertrage festzulegen. Dem Willen des Erblassers ist Genüge getan, wenn der Erfolg, der wirtschaftliche Zusammenhalt der Erben, durch nicht leicht zu lösende obligatorische Bindung gewährleistet wird[9]).

Dass solchen Auflagen negativen Inhalts nicht der Charakter eines unbedingten und unbeschränkten Verbotes zukommen kann, ergibt sich u. E. aus Art. 482, Abs. 2, ZGB: Ein striktes Verbot z. B. der Veräusserung des Unternehmens oder der Liegenschaften des Erblassers wäre als den guten Sitten widersprechende Verfügung nichtig. Zudem würde der Unterschied zwischen den

[7]) Müller-Erzbach, a. a O. S. 236.

[8]) Über das in diesem Gesetzestext unterlaufene Redaktionsversehen, das in der Gleichsetzung des Vollziehungsanspruchs bei Bedingung und Auflage liegt, vgl. Tuor, Erbrecht, N. 8, 9, 22 und 23 zu Art. 482.

[9]) «Die Erfahrung lehrt aber, dass die bestausgearbeitete Satzung und der ausführlichste Gesellschaftsvertrag in dem Momente nichts mehr nützen, in dem der Familiensinn aufhört, die Mitglieder zusammenzuhalten», Düringer-Hachenburg, a. a. O. III/1. S. 149.

ihrem Wesen und ihrer Wirkung nach notwendig verschiedenen Einrichtungen der Auflage und der negativen Potestativbedingung verwischt.

Dieser nämliche Vorbehalt gilt auch für die andere Möglichkeit, die der Erblasser hat, um den Erben die Gründung der Familiengesellschaft aufzuerlegen: Die verbindliche Anordnung der sichernden Bestimmungen durch den Erblasser selbst, sei es in Form eines vollständigen Statutenentwurfs — wie wir ein freientwickeltes Muster nachstehend folgen lassen —, sei es als diesbezügliche allgemeine Wegleitungen, sei es endlich durch Ernennung eines Willensvollstreckers (Art. 517/18 ZGB), dem die Gründung aufgetragen wird, an der mitzuwirken die Erben verpflichtet werden. Im ersteren Falle bilden Anwendung, Genehmigung und Inkraftsetzung des nachgelassenen Statutenentwurfs die Auflage, im zweiten die gewissenhafte Berücksichtigung der vom Erblasser erhaltenen Instruktionen bezüglich der Satzung und Gründungsversammlung, im dritten Falle schliesslich die Pflicht zur Mitwirkung bei der Gründung nach den — eigenen oder überkommenen — Anweisungen des Willensvollstreckers.

c) Familienmitglieder beschliessen von sich aus die A.-G.-Gründung.

Häufigster Beweggrund dürfte die Umgehung der Unzukömmlichkeiten einer Erbauseinandersetzung sein, gepaart vielleicht mit dem Bestreben, ein vorläufig einträgliches Geschäft gemeinsam ohne grosses Risiko zu führen. Von einer Familien-A.-G. kann entsprechend der eingangs gegebenen Begriffsbestimmung hier freilich erst dann gesprochen werden, wenn die Gründer nicht nur zufällig, durch die augenblicklichen gemeinsamen Interessen zur Gründung veranlasst, sondern mit dem bewussten Willen, «die A.-G. als gemeinsamen Familienbesitz zu behandeln» in ihrer Eigenschaft als Familienglieder zusammentreten[10]); wenn nicht nur tatsächlich der überwiegende Teil von den einzelnen Familiengliedern gezeichnet ist, sich also «in den Händen der Familie» befindet, sondern erst, wenn auch die Familienmitglieder den Willen haben, «die Gesellschaft als ein der Familie dienendes Unternehmen zu führen»[11]). Ja dieses Willensmoment ist wichtiger als die Familienmitgliedschaft, d. h. Blutsverwandtschaft

[10]) Düringer-Hachenburg, III/1, S. 143.

[11]) Hengstmann, a. a. O. S. 17.

des einzelnen Gründers: Das Entscheidende ist, dass Personen, welche in einem besonderen Vertrauensverhältnis zueinander stehen, beruhe es dann auf naher Verwandtschaft, Schwägerschaft oder blosser Freundschaft, zur Gründung schreiten mit dem Ziele, ein Unternehmen zu schaffen, das als Familienbesitz auf lange Zeiten hin den Mitgliedern der Familie Erwerb (und Arbeit) gewährt [12]). Die Gründung vollzieht sich ohne Fiktionen, ohne Strohmänner, ohne Bindungen mit Rücksicht auf letztwillige Verfügungen oder Instruktionen eines Familienhauptes, in freier Beratung und Beschlussfassung, wie jede normale Simultangründung (Art. 638 f. OR). Die wirtschaftliche Zweckmässigkeit des Zusammenschlusses ist der Anstoss, der Kitt des Blutes und der Zuneigung ist die Gewährleistung für den Bestand.

d) Die allmähliche Einflussnahme von Familiengliedern auf eine bestehende A.-G.

Eine Familien-A.-G. liegt auch vor, wenn zwar bei der Gründung niemand an ein Familienunternehmen gedacht hat, also die A.-G. weder von der Familie, noch für die Familie errichtet wurde, im Laufe der Zeit aber die Aktienmehrheit und schliesslich die sämtlichen Aktien infolge rechtsgeschäftlichen oder erbschaftlichen Erwerbs sich in den Händen einer Familie befinden, immer begleitet von dem Willen der Einflussnahme auf die A.-G. als ein künftiges Familienunternehmen. Eine Beherrschungsmacht der A.-G. durch die Familie liegt nun freilich deshalb im allgemeinen schon dann vor, wenn sich die Aktienmehrheit (also 51 %) bei den von gemeinsamem Streben beseelten Familiengliedern befindet[13]), weil gemäss Art. 703 OR Beschlüsse und Wahlen im obersten Organ, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen zustande kommen. Man ist sogar so weit gegangen, eine «Sperr-Minorität» von 30—40 % dann noch als Unternehmerschaft der Familie gelten zu lassen, wenn die übrigen 60—70 % zersplittert sind[14]), weil sie in diesem Falle tatsächlich entscheidenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft auszuüben vermag.

[12]) Steuler, a. a. O. S. 1.

[13]) Hengstmann, a. a. O. S 14.

[14]) Neufeld, Die Aktienrechtsnovelle 1931, Berlin 1932, N. 5 zu § 226. — Hengstmann nimmt hier «relative Beherrschungsmacht» an (a. a. O. S. 15).

Wir halten aber dafür, dass von einer allmählich gewordenen Familien-A.-G. erst die Rede sein kann, wenn die Aktienmehrheit so gross ist, dass sie beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung, die Organbestellung und die Willensbildung auch bei den statutarisch oder gesetzlich qualifizierte Mehrheit erfordernden Verhandlungsgegenständen in jedem Fall auszuüben vermag. In der Tat müssen die Familienglieder in der Lage sein, ihre Position gegenüber der A.-G. und der Minderheit umfassend und ohne Kompromiss sicherzustellen, nötigenfalls also auch den Gesellschaftszweck umzuwandeln oder, was am nächsten liegen dürfte, Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR) einzuführen[15]). Da nach Art. 648 OR hierfür eine qualifizierte Mehrheit von „mindestens zwei Dritteilen des gesamten Grundkapitals" erforderlich ist, liegt somit die Grenze bei 67 % aller Aktienstimmen, die im gleichen Verhältnis die Beteiligung am Grundkapital auszuweisen haben. Erst dann steht der Verankerung der beim Erwerb der Aktien wegleitenden Grundsätze in den Statuten nichts mehr im Wege; erst dann auch hat es keine Bedeutung mehr, wenn die Minderheit etwa durch Stimmrechtsbindung[16]) der eingeleiteten Konsolidierung als Familienunternehmen, der Umbildung als Familien-A.-G., geschlossenen Widerstand entgegensetzt.

Rechtlich ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn ein sog. Aktienmantel einer liquidationsreifen Gesellschaft, deren Zweck erreicht oder unmöglich geworden ist, aufgekauft und mit neuem wirtschaftlichem Inhalte, eben mit dem Familienunternehmen, angefüllt wird. Die Statuten werden von Grund auf „geändert" und unter Umgehung der Gründungsstempelsteuer die alte Form für neu erstrebte Zwecke verwendet. Rechtlich handelt es sich in diesen Fällen der Benützung einer bereits bestehenden „Aktienfaçon" nicht um Neugründungen, höchstens um Statuten- und Kapitaländerungen; „aber wirtschaftlich stellen sie doch die Schaffung neuer wirtschaftlicher Unternehmungen dar"[17]). Hier-

[15]) Vgl. die analoge Tendenz bei Siemens & Halske A.-G. anlässlich der drohenden Überfremdung: Aktien mit mehrfachem Stimmrecht wurden der Familie Siemens reserviert, mit Beschränkung des Mehrstimmrechts auf einzelne bestimmte im Statut genannte Fälle: Statutenänderung, Änderung des Gegenstandes des Unternehmens, Auflösung der Gesellschaft, Gewinnverteilung usw. Jung, Massnahmen der A.-G. gegen Überfremdung, Mainz 1921, S. 32.

[16]) Näheres über deren Charakter vgl. unter Zif. 3.

[17]) Passow, a. a. O. S. 127.

zulande hört man von solchen Aufpfropfungen weniger[18]). Liegt auch eine klare Gesetzesumgehung oder gar Widerrechtlichkeit nicht vor, missfällt es doch unseren Anschauungen von den ineinanderspielenden Wesensbestandteilen der juristischen Person, von der Willensbildung der korporativen Personenmehrheit, ihrer Ausführung durch Organe und Verpflichtung auf ihre Statuten als Verfassung[19]), wenn eine solche der Organe entblösste, dem Gründungszweck voll und ganz entfremdete — man möchte sagen, in der Luft hängende — juristische Person zum Kaufgegenstand gemacht, herabgewürdigt wird. Das Gesetz sucht dem Bestehenlassen des blossen Rahmens ohne Inhalt entgegenzuwirken (Art. 625, 736 f., 943 OR) und die Praxis hat schon unter dem alten Recht nicht nur bei tatsächlich eingetretener Auflösung die Löschung im Handelsregister verlangt[20]), sondern der Verwaltung diese Pflicht auch überbunden, wenn ein förmlicher Auflösungsbeschluss fehlt, «sobald die A.-G. während längerer Zeit keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr entfaltet hat»[21]).

---

[18]) Dagegen scheint die Nachkriegszeit «auch in der Schweiz einen schwunghaften Handel mit Aktienmänteln gebracht» zu haben. — Über die auseinanderstrebenden Ansichten des BGer., des Justizdepartements betr. Gültigkeit, vgl. Schneebeli, Die Einmannsgesellschaft, Diss. Zürich 1932, S. 141. — Auch in jüngster Zeit werden gelegentlich noch Aktienmäntel gehandelt; z. B. Inserat in NZZ. 1938, Nr. 391 (Bl. 6).

[19]) nach Guhl OR II. S. 277 «... Voraussetzung für die Begründung von Rechten und Pflichten zwischen der Körperschaft als jur. Person und Dritten, sowie zwischen der Körperschaft als Einheit und den einzelnen Aktionären».

[20]) BGE 55, I, 195.

[21]) BGE 55, I, 136.

Statuten-Entwurf.

§ 1. Unter der Firma E. v. Moellers Erben A.-G. gründet sich mit Sitz in Zürich eine Aktiengesellschaft. **Firma und Sitz** 950, 2 OR

§ 2. Die Gesellschaft hat zum Gegenstand Erzeugung von und Handel mit chemisch-technischen Produkten. Sie bezweckt die Weiterführung des Fabrikations- und Handelsbetriebes der erloschenen Einzelfirma Ernst v. Moeller in Arbon, seine Ausdehnung und Erweiterung; sie kann zu diesem Zwecke verwandte Betriebe erwerben und die Erzeugung auch von Hilfsprodukten aufnehmen. **Gegenstand und Zweck** OR. 626/27

§ 3. Das Grundkapital beträgt Fr. 100 000.— (einhunderttausend Franken) und ist eingeteilt in zwanzig auf den Namen lautende Aktien zu fünftausend Franken. **Grundkapital und Aktien**

§ 4. Die Gründer, Albert, Beda, Charles und Daniel v. Moeller, alle von Arbon, in Zürich, bringen gesamthaft die ungeteilte Erbschaft am Nachlass Ernst v. Moellers ein im Nettowert von Fr. 100 000.— laut Inventar und Bilanz vom 31. Dezember 1937. Jeder der Gründer erhält in Anrechnung seines Teiles fünf volliberierte Aktien. 628 OR

§ 5. Die Übertragung von Aktien bedarf der durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss abzugebenden Zustimmung der Generalversammlung. (§ 7 lit. d.) Jeder Inhaber einer Aktie der Gesellschaft anerkennt das Vorkaufsrecht der übrigen Aktionäre, bzw. das Rückkaufsrecht der Gesellschaft zwecks Herabsetzung des Grundkapitals im Betrage des Nennwertes der zu veräussernden Aktien. Die Aktien tragen einen auffälligen entsprechenden Vermerk. Die Gründer verpflichten sich unter Konventionalstrafe von je Fr. 25 000.— zu Beobachtung dieses Vorkaufs- bzw. Rückkaufsrechts. 659, 1 OR

§ 6. Für das Verhältnis zwischen dem Inhaber von Aktien und der Gesellschaft ist ausschliesslich das Aktienbuch massgebend. Jede Eintragung von Änderungen im Aktionärbestand bedarf zur Gültigkeit der schriftlichen Bestätigung des Delegierten und eines

weiteren Mitgliedes des Verwaltungsrates im Aktienbuche. Diese Bestätigung seitens der Verwaltung kann ohne Angabe von Gründen verweigert werden. Gegenüber den Blutsverwandten und dem Ehegatten eines Aktionärs als Erwerbern darf die Bestätigung ohne triftige Gründe nicht verweigert werden.

686, 2 OR

Organe.

1. Generalversammlung

§ 7. a) Alljährlich im ersten Quartal nach Abschluss des Rechnungsjahres, das mit dem Kalenderjahr zusammenfällt, findet die ordentliche Generalversammlung am Sitze der Gesellschaft statt. Die Einladung dazu erfolgt seitens der Verwaltung durch eingeschriebenen Brief, unter Angabe der Verhandlungsgegenstände, in der Regel 14 Tage vor dem anberaumten Versammlungstermin.

b) Die Liste der Verhandlungsgegenstände ist für die G.V. insofern verbindlich, als Gegenstände — ausser den unübertragbaren gesetzlichen Befugnissen der G.V. — die überhaupt nicht oder nicht genügend in der Liste verzeichnet sind, nicht zur Beschlussfassung zugelassen werden können.

698 OR
700 OR

c) Die Einberufung einer ausserordentlichen G.V. kann nach Massgabe des Gesetzes verlangt werden. Die Verwaltung hat dem Begehren nicht zu entsprechen, wenn der Verhandlungsgegenstand auf der Liste einer innert sechs Monaten stattfindenden ordentlichen G.V. aufgenommen wird. Vorbehalten bleiben auch die gesetzlichen Bestimmungen über die Universalversammlung.

699, 3 OR
701 OR

d) Die Aktionäre üben das Stimmrecht im Verhältnis ihres Aktienbesitzes aus. Eine Stellvertretung durch andere Personen denn durch Aktionäre der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Zudem kann kein Aktionär mehr als die Hälfte sämtlicher an der G.V. vertretenen Aktienstimmen geltend machen. Bei der Beschlussfassung über die Übertragung von Aktien an Dritte hat jeder Aktionär unabhängig von seinem Aktienbesitz nur eine Stimme. Der die Genehmigung der Veräusserung beantragende Aktionär ist hierbei nicht stimmberechtigt. Im übrigen erfolgen die Beschlussfassungen mit Zweidrittel-Mehrheit sämtlicher Aktienstimmen,

627, 10 OR
692, 2 OR
627, 11 OR
649 OR

die Wahlen, soweit nicht eine Satzungsänderung darin liegt, mit einfachem Mehr der vertretenen Aktien.

§ 8. a) Der Verwaltungsrat besteht aus 2 bis 3 Mitgliedern, die Aktionäre der Gesellschaft sein müssen und während der Dauer ihres Amtes je drei eigene Gesellschaftsaktien am Sitze der Gesellschaft zu hinterlegen haben. Die G.V. kann bei der Wahl die Zahl der zu hinterlegenden Aktien ohne Statutenänderung für den Einzelfall aus wichtigen Gründen erhöhen oder herabsetzen.

II. Die Verwaltung

b) Für die ersten drei Jahre besteht der Verwaltungsrat aus zwei Mitgliedern, nämlich den Gründern Albert und Beda v. Moeller. Sie sind unbeschränkt wieder wählbar.

708, 2 OR
711, 2 OR

c) Stirbt ein Mitglied der Verwaltung, wird unverzüglich eine ausserordentliche G.V. einberufen und die Erbengemeinschaft des Verstorbenen zur Entsendung eines Vertreters eingeladen zur Vornahme der Ergänzungswahl. Handlungsfähige Nachkommen des verstorbenen Verwaltungsrates sind wählbar, auch wenn sie im Aktienbuche nicht als Aktionäre aufgeführt sind, solange die Erbschaft nicht verteilt ist.

690 OR

d) Wird ein Verwaltungsrat dauernd handlungsunfähig, führen die verbleibenden handlungsfähigen Verwaltungsräte die Geschäfte allein weiter bis zu den ordentlichen Neuwahlen.

§ 9. a) Die Verwaltung ordnet ihre internen Befugnisse und Zuständigkeiten selbst in einem Reglement. Sie setzt die Entschädigung ihrer Bemühungen, sowie derjenigen der Kontrollstelle pauschal oder von Fall zu Fall fest.

712 OR

b) Wenn zwei oder drei Verwaltungsräte im Amt sind, soll in der Regel einer als Präsident mit Kollektivunterschrift*) die innern Gesellschaftsangelegenheiten besorgen, ein anderer als Delegierter mit Einzelunterschrift die Gesellschaft nach aussen vertreten können.

*) halbseitige Kollektivunterschrift, vgl. Pr. 24, Nr. 21

c) Die Verwaltung kann einen rechtskundigen Nichtaktionär zur Führung des Protokolls und mit beratender Stimme zu ihren Sitzungen beiziehen. Die

Sitzungen werden in der Regel vom Präsidenten nach Bedürfnis anberaumt; doch soll vierteljährlich wenigstens eine Sitzung stattfinden zur Entgegennahme eines Berichtes des Delegierten über den Geschäftsgang.

III. Kontrollstelle

§ 10. a) Ein Aktionär, der nicht Verwaltungsrat ist, wird alljährlich als Revisor und einer seiner Nachkommen oder sein Ehegatte als Ersatzmann gewählt.

b) Der Revisor, bzw. bei Verhinderung sein Ersatzmann, hat den Revisorenbericht zuhanden der ordentlichen G.V. abzufassen.

c) Bei Mängel der Geschäftsführung ist dem Präsidenten des Verwaltungsrates schriftlich Mitteilung zu machen. An der darauf folgenden Sitzung des Verwaltungsrates hat der Revisor, bzw. Ersatzmann, beratende Stimme. Werden von der Verwaltung keine Vorkehren zur Behebung der Mängel getroffen, kann die Kontrollstelle an die G.V. gelangen.

729 OR

Bilanzierung, Reserve und Gewinnanteil

§ 11. a) Ausschliesslich die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens hat die Verwaltung bei Aufstellung der Jahresbilanz zu leiten. Eine Anfechtung der Bildung stiller Reserven durch die G.V. oder einzelne Aktionäre wäre nur dann möglich, wenn die Anlage solcher in einem offenbar Treu und Glauben widersprechenden Ausmasse erfolgen sollte.

b) Die Gründungsspesen, eingeschlossen die Stempelsteuer, sind im ersten Geschäftsjahr voll zu verrechnen.

c) Zur Sicherstellung der Erneuerung der Betriebsanlagen ist ein Erneuerungsfonds anzulegen, der alljährlich mit zehn Prozent des entsprechenden Inventarwertes gespeist wird.

d) Bis der gesetzliche Reservefonds die Hälfte des Grundkapitals erreicht, ist ihm alljährlich ein Betrag von fünf Prozent des Reingewinns zuzuweisen. Konventionalstrafen fallen ebenfalls in den Reservefonds.

671 OR

e) Übersteigt der verbleibende Anteil am Reingewinn fünf Prozent des Grundkapitals, fallen zehn Prozent dieses Überschusses in den gesetzlichen Reservefonds, bis jener die Hälfte des Grundkapitals erreicht hat. Der Rest des Reingewinn-Überschusses wird

672 OR

zur Äufnung eines Studien-Stipendienfonds verwendet, aus dem freiwillige Arbeiten, Erfindungen, Verbesserungsvorschläge im Interesse der Firma seitens des Personals wie der Aktionäre entschädigt und chemisch-pharmazeutische Studien der Aktionäre oder ihrer Angehörigen unterstützt werden sollen. Im Sinne dieser allgemeinen Richtlinien stellt die Verwaltung ein die Ausschüttungen aus diesem Fonds betreffendes Reglement auf. Ohne Statutenänderung kann der Fonds durch die Verwaltung in eine Stiftung umgewandelt werden.

f) Solange der Reservefonds nicht die statutarische, der Studien-Stipendienfonds nicht die reglementarische Höhe erreicht hat, beträgt der zur freien Verfügung der G.V. verbleibende Reingewinn höchstens fünf Prozent des Grundkapitals. 674 OR

§ 12. Die Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen im Schweizerischen Handelsamtsblatt, Mitteilungen an die Aktionäre dagegen in der Regel durch eingeschriebenen Brief. **Verschiedenes** 626, 7 OR

§ 13. Beträgt das Grundkapital infolge Erwerbes eigener Aktien durch die Gesellschaft im Sinne von § 5 der Statuten oder anderer Kapitalherabsetzungsgründe weniger als Fr. 60 000.—, ist die Verwaltung verpflichtet, unverzüglich die Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (E. v. Moellers Erben G. m. b. H.) durchzuführen. 659, 1 OR 732 f. OR

2. «Sanierungen» und andere verdächtige Gründungen.

Schon die oben[22]) gestreifte «Gründung» einer Familien-A.-G. durch Kauf eines Aktienmantels lässt vermuten, dass, mochte es an sich auch wirtschaftlich sein, den alten Aktionären für die A.-G.-Façon weniger zu zahlen, als die Gründungsstempelsteuer (2 % des A.K.) ausgemacht hätte, das Familienunternehmen mit der Beschränkung der Haftung keine Zeit mehr verlieren wollte, dass es jedenfalls auch ratsamer war, in der Veröffentlichung des Handelsregistereintrages den neuen Verwaltungsrat in einer bereits bestehenden A.-G. auftreten zu lassen, als in einer die Neugier der Gläubiger eher weckenden Neugründung.

a) Sanierung der Einzelfirma durch Gründung einer Familien-A.-G. Der Grund, warum es schwerfällt, für einen mittleren Geschäftsbetrieb, dem unverschuldeterweise das Betriebskapital ausgegangen ist und der fast ausschliesslich nur noch für drängende Gläubiger arbeitet, Kapital auf einige Jahre fest zu beschaffen, liegt meistens im Unvermögen des Einzelunternehmens, dem Geldgeber ein zum voraus klar umschriebenes Mitsprache- und Kontrollrecht bezüglich der Verwendung der einzuschiessenden Beträge zu gewähren. Die Verlockung ist daher unwillkürlich grösser, wenn «aktive Beteiligung und Verwaltungsrat geboten» wird.

Da es sich hierbei um eine der üblichsten und zugleich gefährlichsten Familien-A.-G.-Gründungen handelt, mag eine Skizzierung des Entwicklungsganges, wie er sich — wenigstens bis zum Inkrafttreten des neuen Handelsrechts — regelmässig wiederholte, am Platze sein. Das bisher unter Einzelfirma geführte Familienunternehmen krankt z. B. an übermässigen, durch Bürgschaften, Hypotheken und abgetretene Kundenforderungen gesicherten Bankkrediten. Es möchte seine Bewegungsfreiheit wieder haben, eine Haftungsbeschränkung des bisherigen Firmainhabers für die Zukunft und angesehenere Tätigkeitsgebiete für die Nachkommen: Allheilmittel ist hier die A.-G.-Gründung. Der Geldgeber erhält den versprochenen Verwaltungsrats- und Mitdirektorsposten; die Familienglieder bringen die noch freien Aktiven, Warenlager, Goodwill usw. in übersetzter Bilanzierung als Apports ein und sichern sich so die absolute Stimmenmehrheit; die Stimmrechtsbeschränkung auf $^1/_3$ sämtlicher Aktienstimmen (Art.

[22]) sub 1 d.

640 a. OR) wirkte sich als weiteres Hemmnis aus, wenn die Mehrheit ihre Stimmen unter den Familiengliedern zweckmässig verteilte. Wohlklingende Chargen werden eingerichtet und besetzt und langjährige, gefügige Angestellte mit der Kontrolle betraut[23]). Das sparsame Haushalten ist ebenso vorbei wie die unverdrossene Arbeit. Der Geldgeber sucht den vorausschbaren Schaden durch kräftige Lohnbezüge noch etwas zu mildern; die Familienglieder wollen schon aus Prestigegründen hier nicht hintanstehen. So ist es erklärlich, dass oft genug bereits die erste Jahresrechnung der Zwangsvollstreckung rief.

Es hält ausserordentlich schwer, bei einer Sanierung die Interessen der Familienglieder mit denen des Geldgebers zum Wohle des Unternehmens redlich in Einklang zu bringen. Nicht zu Unrecht argwöhnt der letztere stets eine Übervorteilung; sein Schicksal, bzw. das der eingeworfenen Gelder, ist in vielen Fällen mit der Annahme der Statuten besiegelt. Auch der abseits stehende Beobachter vermutet nach all den trüben Erfahrungen der Nachkriegs- und Krisenjahre eher eine finanzielle Sanierung der Familie auf Kosten der Aussenseiter, als ihres Unternehmens. Dieser Verdacht darf aber nicht dazu führen, in jedem Falle eine Übervorteilung des Dritten zu präsumieren. Als Kriterium kann dienen: Je bescheidener die organisatorische Aufmachung (Direktoren, Unterschriftsberechtigte) und je vollkommener die Gleichstellung der Beteiligten[24]) auch bezüglich des Eintrittsrechts ihrer Familienangehörigen, desto mehr Gewähr bietet das Unternehmen auf neuer Basis.

b) Ein ebensowenig einwandfreier Grund der Umwandlung eines Privatunternehmens in eine Familien-A.-G. ist der, «an Steuern zu sparen»[25]), d. h. die Pflicht des Bürgers, entsprechend seinen wirtschaftlichen Verhältnissen die öffentlichen Lasten und Aufgaben mittragen und mitlösen zu helfen, nach Möglichkeit zu umgehen. Es bieten sich verschiedene Wege:

[23]) Die trüben Erfahrungen hat sich das neue Recht zunutze gemacht; Art. 727 OR: «Die Revisoren und Ersatzmänner ... dürfen nicht . . Angestellte der Gesellschaft sein.»

[24]) Dass die Aufteilung der Aktien zu je 50 % ebenfalls ihre schweren Nachteile haben kann, beweist das Urteil in Bl. f. zür. R. XXXVI, Nr. 87: Unmöglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses und gleichwohl keine Auflösung «aus wichtigen Gründen».

[25]) Müller-Erzbach, HR. S. 236.

Das Steuergesetz kennt z. B. nur die Vermögensbesteuerung ausserkantonaler Grundeigentümer, während die im Kanton niedergelassenen frei ausgehen. Was liegt hier für den ausserkantonalen Grundeigentümer näher, als bezüglich solcher Liegenschaften im Kanton der gelegenen Sache eine Familien-A.-G. zu gründen? Die Steuerbehörden allerdings lassen sich in solchen Fällen nicht beirren und das Bundesgericht hat ihnen recht gegeben: Es sei die Auffassung vertretbar, dass die Stellung des Familienhauptes zur Liegenschaft, wenn es «auch formell-juristisch nicht mehr Eigentümer sein mag, doch in Wirklichkeit dieselbe geblieben ist und wirtschaftlich derjenigen des Eigentümers gleichkommt»[26]).

Bei den meisten Familienunternehmen (wie auch bei den Einmann-Gesellschaften) spielen die sog. verdeckten Ausschüttungen eine besondere Rolle. Solche können z. B. gewährt werden in Form «unausgemessen hoher Gehälter an die in der Gesellschaft aktiv tätigen Aktionäre oder in Form von zinslosen Darlehen an Aktionäre, in Form von einer für die Aktionäre besonders günstigen Preisstellung bei Lieferungen von Aktionären an die Gesellschaft oder umgekehrt»[27]). Was die Zahlung übermässiger Gehälter an Vorstandsmitglieder anbetrifft, hat die zürch. Oberrekurskommission entschieden[28]), dass trotz der grundsätzlichen Abzugsberechtigung der Gehälter und Löhne diese dann nicht zu einer Minderung des steuerpflichtigen Ertrages führen, wenn sie als verdeckte Gewinnausschüttungen erscheinen, wenn die erfolgten Zahlungen nicht mehr als angemessenes Entgelt für geleistete Arbeit angesehen werden können, bzw. soweit sie den unter diesem Gesichtspunkt ergebenden Betrag übersteigen[29]). Der Fiskus stand anfänglich diesen privatrechtlich wohl einwandfreien Machenschaften machtlos gegenüber. Wenn es erlaubt ist, um die Handänderungssteuer zu ermässigen, statt des wirklich vereinbarten höheren Kaufpreises einen herabgesetzten öffentlich zu verurkunden, da «öffentliche Beurkundung

[26]) BGE 32, I, 634 (ebenso BGE 30, I, 243); rechtlich befriedigt der Entscheid deshalb nicht, weil das BGer. die Argumentation der kant. Instanz, «schon aus der Tatsache, dass X und seine beiden Söhne Präsident, Vizepräsident und Aktuar der Gesellschaft seien, gehe hervor, dass die Gründung ein Scheinmanöver sei», als nicht willkürlich ansah!

[27]) Höppner, Praxis des Aktienrechts, Hamburg 1935, S. 405.

[28]) Bl. f. zür. R. XXX, Nr. 174

[29]) Über verdeckte Gewinnausschüttungen einer Genossenschaft an ihre Mitglieder, vgl. Bl. f. zür. R. XXXI, Nr. 22.

und Grundbuch ihrem rechtspolitischen Zweck nach nicht dazu da sind, dem Staate die Grundlagen für fiskalische Abgaben und Steuern zu liefern»[30]), besteht auch kein Hindernis, öffentliche Beurkundung und Handelsregistereintrag bei der verdächtigen Gesellschaftsgründung, beim Mantelkauf usw. gleich grosszügig zu behandeln. Die Steuerverwaltungen haben in neuester Zeit den für sie gangbarsten Weg eingeschlagen: Wie die bürgerliche Rechtsprechung sich um die Belange des Fiskus nicht kümmern zu können glaubt, lehnt der Fiskus eine Bindung an formal-privatrechtliche Tatsachenfeststellungen ab und wahrt sich die freie wirtschaftliche Überprüfung und Wertung[31]). Wenn nun auch z. B. die eidg. Steuerverwaltung bezüglich der Krisenabgabe grundsätzlich von der von der G.V. genehmigten Gewinn- und Verlustrechnung ausgeht, so dass etwa «Wertverminderungen, die an sich zu Abschreibungen berechtigen würden, jedoch vom abgabepflichtigen Unternehmen in der Jahresrechnung nicht verbucht worden sind, abgaberechtlich nicht berücksichtigt werden können [32]), werden auf der andern Seite die zwar verbuchten, aber sich nach den Umständen als übermässige Entschädigung qualifizierenden Saläre als geschäftsmässig nicht begründete Unkosten (Art. 48, Abs. 1, Zif. 2 KAB) behandelt und Abschreibungen und Rückstellungen sind in dem Umfange, als sie geschäftsmässig nicht begründet erscheinen, dem durch die Jahresrechnung ausgewiesenen Reingewinn zuzuzählen. Die kontrollierende Behörde soll sich allerdings der kaufmännischen Bilanzierungspraxis wenn immer möglich anschliessen und Abweichungen von der richtig erstellten Handelsbilanz nur ausnahmsweise vornehmen[33]). Die Aussichten, durch Gründung einer Familien-A.-G. den Unkostenkonto zum Nachteil des Fiskus merklich höher schrauben zu können, sind demnach sehr gering.

3. Die Bindung der Aktien.

Der besondere Zweck der Familiengesellschaft, die Familienglieder hinsichtlich ihres Aktienbesitzes zu binden, wird aktien-

[30]) BGE 50, II, 150.

[31]) Über die in dieser Hinsicht besonders eingehenden und strengen Bestimmungen des neuen deutschen KVStG (Kapitalverkehrssteuerges. v. 16. Okt. 1934) vgl. Hoche, Bd. X, S. 313 f.; Höppner, a. a. O. S. 410/11.

[32]) BGE 24. Sept. 1936, zitiert in «schweiz AG.» Bd. X, S. 83.

[33]) Bl. f. zür. R. Bd. XXXII, Nr. 146. Vgl. dazu Bosshardt, «Ertragssteuer und stille Reserven» in «schweiz. A.G.» Bd. X, S. 16 f.

rechtlich vor allem erreicht durch Erschwerung der Übertragbarkeit von Aktien. Da Inhaberaktien ihrem Wesen nach stets übertragbar sind, ist eine sog. Vinkulierung nur bei Namenaktien möglich[34]). Nicht dass der Zweck der Gewährleistung des Unternehmens als solches der Familie ausschliesslich durch die Vinkulierung der Anteilrechte erreicht werden könnte, noch ist die Vinkulierung ausschliesslich in den Dienst der Familiengesellschaften gestellt. Die Aktienbindung kann vielmehr für die verschiedensten Haupt- und Nebenzwecke, lautere und dubiose, vorteilhaft Verwendung finden. Als in der Inflationszeit die Aktienmehrheiten wichtiger und angesehener deutscher Unternehmungen für wenig Golddevisen an die verbündeten Todfeinde von gestern verschachert zu werden drohten, als das Ausland versuchte, den Deutschen die Kaliindustrie, auf die jenes längst eifersüchtig gewesen, völlig aus der Hand zu nehmen, als auch bei der Schiffahrtsindustrie, der Hapag z. B., Überfremdungsabsichten sich zeigten[35]), konnten die vorsichtigen Unternehmungen, die die Vinkulierung bereits in die Satzungen aufgenommen hatten, durch rigorose Handhabung der Nichtgenehmigungsmöglichkeiten bei getätigten Verkäufen die Überfremdung abwehren; die weniger vorsichtigen beeilten sich, Versäumtes nachzuholen, kehrten dann aber in der Überstürzung nicht immer das Zweckmässigste vor[36]).

Der Betrieb, dem das Aufgesaugtwerden durch die Konkurrenz, einen Trust usw. droht, wird seinen selbständigen Lebenswillen, die Vermeidung der Einflussnahme eines wirtschaftlichen Gegners auf das Unternehmen am ehesten durch Vinkulierung der eigenen Aktien zur Geltung bringen. Sonst muss er gewärtigen, dass eines Tages die Konkurrenz ihr mit dem Aktienkauf wohlerworbenes Recht der Teilnahme an der G.V. dahin ausübt, dass sie Geschäftsgeheimnisse zu erkundigen oder zu erpressen sucht, im übrigen aber stets so stimmt, dass der Dividendenhunger dieses Spekulationsaktionärs auf Kosten des Wohlergehens des Unternehmens offenbar wird.

[34]) Guhl, OR II. S. 289; er spricht freilich hier nicht von «Vinkulierung», sondern verwendet diesen Ausdruck ausschliesslich für die nachträgliche Umwandlung eines Inhaberpapiers in ein Namen- oder Ordrepapier. Vgl. a. a. O. S. 451, 462.

[35]) Weitere solche bemühende Tatsachen bei Jung, Massnahmen der A.-G. gegen Überfremdung, Mainz 1921, S. 3 f., 9 f.

[36]) Beispiele bei Jung, a. a. O. S. 33 (Siemens & Halske A.-G. 1920)!

Die Erschwerung der Übertragbarkeit von Namenaktien war schon im alten OR, Art. 637, den Statuten vorbehalten worden. Die 7 Absätze jenes Artikels sind im revidierten Recht in 4 Artikel, 684 (Übertragung von Namenaktien), 685 (Aktienbuch), 686 (Verweigerung der Eintragung) und 687 (nicht voll einbezahlte Namenaktien) zerlegt. Neu ist nur die gesetzliche Regelung der Ablehnung eines Namenaktien-Erwerbers durch die Gesellschaft. Doch hatten auch hier die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens und ihnen folgend die Rechtsprechung wertvolle Vorarbeit geleistet. Die ursprünglichen oder später geänderten Statuten konnten denn auch die Übertragung auf gewisse Klassen von Personen beschränken oder an die Zustimmung eines Gesellschaftsorgans (im Zweifelfalle: der Verwaltung) binden oder sogar ganz ausschliessen[37]). Jedoch nahm man an, dass dem nicht genehmen Erwerber von vinkulierten Namenaktien in der Regel ein Auskunftsrecht über die Gründe der Ablehnung, zum mindesten aber aus Art. 2 ZGB ein Anspruch auf Unterlassung schikanöser Nichtgenehmigung zustehe[38]). Die Familiengesellschaft hatte es demnach in der Hand, in den Statuten den Kreis der zuzulassenden Aktienerwerber enger oder weiter zu ziehen und lief keine Gefahr, unerwünschte Mitspracheberechtigte dulden zu müssen. Es ist freilich geltend gemacht worden, die »Negotiabilität« der Aktie sei ihre wirtschaftlich bedeutsamste Eigenschaft, und deshalb könne eine weitere Einschränkung der Übertragbarkeit, als das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft, nicht zugelassen werden[39]). Doch mag dies höchstens für das frühere deutsche Recht gegolten haben. Schon a. OR 637 sah aber ausdrücklich statutarische Bestimmungen betr. die Übertragbarkeit als solche vor. Auch gibt es im Wirtschaftsleben, und nicht nur bei den Familienunternehmungen, durchaus Rechtslagen, in denen eine Erschwerung der Übertragbarkeit der Aktien — über § 222 HGB hinaus — sich geradezu als die gegebene Lösung von Schwierigkeiten darstellt«[40]), oder, wie die Botschaft des Bundesrates 1928 sich S. 41 ausdrückt, nicht nur Konkurrenzrücksichten, sondern auch »Be-

[37]) Bachmann, Komm., Anm. 3 zu Art. 637; S.J.Z Bd. II, S. 143 f.

[38]) Wenn Bachmann, Komm., a. a O. dem abgewiesenen Aktienerwerber die Verantwortlichkeitsklage nach a. OR 674 gewähren will, scheint dies nicht ganz folgerichtig, da dieser weder Aktionär — weil nicht gemäss a. OR 637, Abs. 5, im Aktienbuche eingetragen — noch Gesellschaftsgläubiger ist.

[39]) So z. B. Bordmann, a. a. O, Anm. 4a zu § 222.

[40]) Hengstmann, a. a. O S. 37.

weggründe ideeller Art können eine Einschränkung der Übertragung mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft wünschbar erscheinen lassen. Die Übertragbarkeit ist zwar ein natürliches, aber nicht wesentliches Merkmal der Aktie[41]).

Über das interne Verhältnis zwischen Veräusserer und nichtgenehmem Erwerber der Namenaktie unterliessen es das alte wie das revidierte OR, feste Bestimmungen aufzustellen. Es gelten daher die allgemeinen Vorschriften für das dem Aktienerwerb zugrundeliegende kausale Rechtsgeschäft, Kauf, Tausch, Schenkung, wie für das Übereignungsgeschäft selbst, z. B. Zession und Tradition, bzw. ihre Ersatzgeschäfte, Besitzeskonstitut und brevi manu traditio, sowie die dem Wertpapierrecht entnommene und ausdrücklich als gültig erklärte Indossierung (OR 684, Abs. 2; a. OR 637, Abs. 3). Durch die formgerechte Übereignung ist der Erwerber Eigentümer des Namenaktientitels geworden, soiern es sein Rechtsvorgänger war, aber nicht notwendig Aktionär der Gesellschaft. Der Verkäufer an der Börse, der auftragsgemäss Namenaktien eines Unternehmens dem Käufer beschafft, hat erfüllt, auch wenn dem Käufer die Eintragung im Aktienbuche verweigert wird[42]). Hahnloser[43]) allerdings nimmt an, die Übertragbarkeit könne auch mit Wirkung für Dritte ausgeschlossen werden. U. E. wäre eine Beschränkung der Übertragbarkeit des Aktienpapiers höchstens durch einen entsprechenden Vermerk auf der Urkunde, entsprechend den Rektavermerken, denkbar[44]). Eigentum am Wertpapier und Mitgliedschaftsrecht sind aber stets auseinanderzuhalten. Mit Bezug auf die Mitgliedschaft entsteht dem Erwerber des Eigentums an der Urkunde und der damit verbundenen Vermögensrechte nur das Recht auf seine Anmeldung zum Aktien-

[41]) Conne, Die Namenaktie. Diss. Zürich 1933, S. 49.

[42]) «Il faut admettre que c'est à celui qui achète en bourse des actions nominatives dont le transfert est soumis à l'agrément de la Société, qu'il incombe de se faire agréer. BGE 53. II. 312.

[43]) Die Namensaktie nach dem BG über das OR, Diss. Bern 1903, S. 65.

[44]) Ähnlich v. Steiger in «Die schweiz. A.-G.», Bd. X, S. 106: «Ist die freie Übertragbarkeit einer Namenaktie verboten oder eingeschränkt, so wird es angezeigt sein, dass die betr. Statutenbestimmungen auf dem Titel wiedergegeben werden.»

buche[45]). Für den Aktienerwerb gemäss Familien- und Erbrecht ist die Vinkulierung insofern unwirksam, als nicht bereits eingetragene Aktionäre (oder Verwaltungsräte ohne Aktionäreigenschaft, OR 707, Abs. 3) zur entgeltlichen Übernahme bereit sind (OR 686, Abs. 4). Da durch Erbgang regelmässig die nächsten Verwandten des bisherigen Aktionärs als des Erblassers die Aktien erwerben und ein Übergang infolge ehelichen Güterrechts, der gefühls- und mehr noch willensmässig eine ebenso nahe verbundene Person, als es die eigenen Blutsverwandten sind, eben den Ehegatten betrifft, ist diese Lockerung der Bindung des Aktienbesitzes an den Gesellschaftswillen für die Familiengesellschaft selbstverständlich. Anders beim Erwerb aus Zwangsvollstreckung: Wenn E. Jung[46]) die vinkulierte Aktie in Beziehung zum Fideikommiss bringt, trifft dies nur bezüglich der Vererbbarkeit und einer praktischen Unveräusserlichkeit zu, nicht aber hinsichtlich der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung in dieselbe. Auch die vinkulierte Namenaktie kann verwertet, versteigert und dem Meistbietenden zu Eigentum zugeschlagen werden; der Erwerber aus Zwangsvollstreckung hat nach OR 686, Abs. 4, Anspruch darauf, als Aktionär eingetragen zu werden, wenn seine Titel nicht von bisherigen Gesellschaftern zum Börsenkurs, bzw. wirklichen Wert übernommen werden. Hierin mag eine gewisse Gefährdung der Ausschliesslichkeit des Familien-Aktienbesitzes erblickt werden, dann nämlich, wenn die flüssigen Mittel der Gesellschafter beschränkt sind.

Bei älteren Familiengesellschaften zeigen sich mit der Zeit den Konsortial- und Pool-Verträgen ähnlich gerichtete Bestrebungen, wenn die Erben der Gründerfamilien das Gefühl der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit der einzelnen Familienstämme verloren haben. So versucht dann wenigstens jeder Stamm, seine Stimmkraft im Familienunternehmen nicht weiter zu zersplittern. Die vorteilhafteste S t i m m r e c h t s b i n d u n g ist das Gesamteigentum der Erben des Gründers an seinem

[45]) Die Frage ist sehr eingehend behandelt bei Conne, a. a. O. S. 52 f. — Anders ist die Rechtslage nach dem früheren deutschen HGB § 222, Abs. 4 («Die Übertragung der Aktien ist von Anfang an unwirksam», R.-Ger, Bd. 132/154) und im neuen deutschen Aktienrecht § 61, Abs. 3, wo d i n g l i c h e Wirkung angenommen wird; für das neue Recht freilich nur mit Vorbehalt: vgl. Kommentar v. Godin-Wilhelmi, Anm. II 6 zu § 61. — Näheres auch unten S. 59 f.

[46]) Jung, a. a. O. S. 23.

Aktienbesitz, sei es, dass jener die Auseinandersetzung über seinen absoluten Mehrheitsanteil durch letztwillige Verfügung für bestimmte Zeit ausgeschlossen hat (ZGB Art. 604)[47]), sei es, dass dieselbe unterbleibt auf Grund einer unter den Erben getroffenen Abmachung[48]). Alsdann steht der Anteil den Erben zu gesamter Hand zu und die einheitliche Ausübung des Stimmrechts ist durch Art. 690, Abs. 1, OR, durch das Erfordernis der Ausübung der Rechte durch einen gemeinsamen Vertreter gewährleistet. Hat aber die Auseinandersetzung bezüglich der Aktien des Erblassers stattgefunden, ist eine ähnliche Rechtsgestaltung durch Gründung einer einfachen Gesellschaft, in die die Erben die ihnen zugefallenen Aktien einbringen, zu erreichen.

Durch Stimmrechtsbindungsverträge zwischen der A.-G. einerseits und den einzelnen Aktionären anderseits kann eine, allerdings unbestrittenermassen rein obligatorische, Vinkulierung der Aktien ebenfalls bewirkt werden; Gebundenheit besteht dann hinsichtlich der Ausübung des jedem Aktionär zustehenden Stimmrechts, indem er beispielsweise verpflichtet ist, sein Stimmrecht nur nach Weisung oder im Einvernehmen mit der Gesellschaft auszuüben[49]).

Die Familien-A.-G. hat aber ausser den gesetzlich-statutarischen und schuldrechtlichen Möglichkeiten der Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte eine weitere, äusserst wirksame Massnahme in Bereitschaft. Aktienurkunden werden nämlich regelmässig nur zum Zwecke der Negoziabilität ausgestellt; wo dieses Interesse nicht besteht — vor allem bei den nicht auf fremdes Kapital angewiesenen mittleren und kleineren Familiengesellschaften —, ist es möglich, dass von Urkunden überhaupt ganz abgesehen wird [50]). Der Staat kommt gleichwohl zu seinem Aktienstempel, denn die Steuerpflicht wird nicht an die Ausgabe von Aktientiteln, sondern an die Eintragung der A.G.

[47]) Zwar huldigt das ZGB dem Grundsatz, dass jeder Erbe zu beliebiger Zeit die Teilung erzwingen kann. — Doch ist der Komm. Tuor, N. 8 zu Art. 604, der Ansicht, dass auch durch den Willen des Erblassers ein Aufschub der Teilung für eine gewisse Zeit auferlegt werden kann. A. M. Rossel und Mentha, S. 218.

[48]) Steuler, Organe und Geschäftsführung der Familien-G. m. b. H., Diss. Frankfurt a M. 1933, S. 62.

[49]) Sinn, Die gebundene Aktie, Diss. Hamburg 1935, S. 26 und 49.

[50]) Conne, a. a. O. S. 50.

im Handelsregister geknüpft[51]) und die Familiengesellschaft erspart sich zudem die Druckkosten der Aktientitel[52]).

4. Stimmrechtsaktien.

«Eine weitere Möglichkeit, die Bindung des Aktienbesitzes an die Familie zu gewährleisten oder einem bestimmten Mitglied der Familie eine führende Stellung zu verleihen, besteht darin, dass Aktien mit verschiedenem Stimmrecht ausgegeben werden»[53]).

Der bundesrätliche Entwurf hatte die Stimmrechtsaktien — die dem Inhaber einer Aktie kleineren Nennwertes dasselbe Stimmrecht einräumen wie dem Inhaber einer Aktie höheren Nennwertes — nicht zulassen und allen Aktien das gleiche Stimmrecht nach Verhältnis ihres Nominalwertes» einräumen wollen (Art. 692 des E.). Der Ständerat strich diesen Grundsatz und wollte bestimmen, dass die Aktionäre das Stimmrecht «nach der Zahl der in ihrem Besitze befindlichen Aktien ausüben»[54]), und zwar unter Fallenlassen der Beschränkung des Stimmrechts eines Aktionärs auf $^1/_5$ aller an der G.V. vertretenen Aktienstimmen.

Im Nationalrat wurde der Vermittlungsvorschlag der Kommission (Art. 692bis, der heutige Art. 693 OR) von sozialdemokratischer Seite heftig angefochten. Es wurde argumentiert, «die Stimmrechtsaktie demoralisiere die Verwaltung, entrechte den Aktionär, nehme der Verwaltung das Verantwortlichkeitsgefühl, verleide dem Sparer die Aktie und diskreditiere sie überhaupt; man könne von gewerblichen F i d e i k o m m i s s e n reden, die mit Hilfe der Stimmrechtsaktie gebildet werden, und die nicht weniger wirtschaftlich schädlich seien als die landwirtschaftlichen Fideikommisse gewirkt hätten. Behalte man das Schutzaktiensystem bei, so würde der Bildung von i n d u s t r i e l l e n E r b d y n a s t i e n auf Kosten der einstigen Kapitalgeber Vorschub geleistet»[55]).

Wenn auch der Ausdruck «Familiengesellschaft» bei den Beratungen nicht gefallen ist, war allenthalben klar, dass es um die Herrschaftsrechte der Gründerfamilien in A.-G.en ging, die

[51]) Art. 31 der Vollziehungsverordnung v. 7. Juni 1928.
[52]) Vgl. Guhl, OR II, S. 286.
[53]) Hengstmann, a. a. O. S 38.
[54]) Berichterstatter Scherer im Nat.-R., Sten. Bull. 1934, S. 304.
[55]) Sten. Bull. NR., 1934, S. 318.

fremdes Geld hatten beziehen müssen. Ein Redner führte denn auch an, er würde es nicht als ein Nachteil empfinden, dass die Stimmrechtsaktie die Bildung von Erbdynastien in einem Unternehmen begünstige. «Ich glaube, es wäre für manche Aktiengesellschaft ausserordentlich wertvoll, wenn von den Familien ihrer Gründer noch in der zweiten und dritten Generation Leute da wären, die das Geschäft leiten und betreuen. Ich würde einem solchen Behalten der Macht im Interesse der Gesellschaft im allgemeinen zustimmen.»[56]). Freilich wurden nicht solche traditionsgebundene Erwägungen entscheidend, sondern nationalwirtschaftliche Rücksichten: Die Gefahr der Überfremdung wichtiger schweizerischer Industrien, oder doch die Möglichkeit einer solchen, gab den Ausschlag, die Sicherung der Vorzugsstellung der Gründerfamilien über Pluralstimmrecht war ermöglicht[57]).

Freilich nicht ohne Vorsichtsmassregeln! Die Statuten können die Ausgabe von Aktien mit kleinerem Nennwert vorsehen (aber nicht unter Fr. 100.—; OR 622); ein bezüglicher Beschluss bedarf der qualifizierten Mehrheit von $^2/_3$ des gesamten Grundkapitals (OR 648) und die Aktien müssen auf den Namen lauten und volleinbezahlt sein (OR 693). «Der Gesetzgeber war sich offenbar der Tatsache bewusst, dass die erhöhte Stimmkraft der Stimmrechtsaktien nicht bloss dem Wohle der Gesellschaft dienstbar gemacht, sondern dass sie auch zur Schädigung einzelner Aktionäre oder Aktionärgruppen benutzt werden kann»[58]). Das Pluralstimmrecht im engeren und eigentlichen Sinne, wo die e i n e Aktie ein mehrfaches Stimmrecht gewährt, kam im Nachkriegsdeutschland in geradezu beängstigendem Masse auf zum Zwecke der Zurückdämmung des ausländischen Einflusses auf die deutsche Industrie. Bei der bekannten Bleistiftfabrik Faber A.-G. befanden sich beispielsweise 26 000.— RM. Vorzugsaktien, «die mit nicht weniger als 1 4 0 f a c h e m Stimmrecht ausgestattet» waren, im Besitze des Geheimrates E. Faber[59]). In der Schweiz

[56]) Sten. Bull. NR. 1934, S. 319.

[57]) Berichterstatter Thalmann (Sten. Bull. StR. 1931, S. 408) gab als Beispiele schweiz. Gesellsch., die zum Schutze gegen Überfremdung offenes oder verdecktes Pluralstimmrecht einführten, an: Aluminium Industrie A.-G., Schweiz.-Amer. Elektr. Ges., Motor Columbus A.-G., A.-G. der Eisen- und Stahlwerke vormals G. Fischer und A.-G Brown Boveri & Co.

[58]) Steiner, Die gerichtl. Anfechtung von Beschlüssen der G.V., in Schweiz. A.-G., Bd. X, S. 138.

[59]) Schlötke, a. a. O. S. 51.

war dieses offene Pluralstimmrecht von jeher verpönt und nie zugelassen[60]). Ein ausdrückliches Verbot bestand unter dem a. OR zwar nicht und man hätte ohne Zwang folgern können, die Verschiedenheit des Stimmrechts sei gleichzeitig eine solche des Mitgliedschaftsrechts überhaupt, wie diejenige bezüglich des Reingewinns oder des Liquidationserlöses[61]). Wenn bezüglich der letzteren die Praxis ohne klare gesetzliche Ermächtigung die Einräumung von Vorzugsrechten billigte[62]), könne auch die Einführung eines verschiedenen Stimmrechts pro Aktie nicht verweigert werden. Ob übrigens der einen Gruppe von Aktien, die sich etwa in Händen der Verwaltung oder der Gründerfamilie befindet, ein mehrfaches Stimmrecht bei gleichem Nennwert zuerkannt oder ob jene Aktien nominell auf einen Bruchteil, $^1/_{10}$, $^1/_{20}$, d. h. auf Fr. 200.—, 100.— statt Fr. 2000.— der übrigen ausgegebenen Anteile lauten und für den gleichen Kapitalaufwand eine 10-, bzw. 20mal höhere Stimmkraft gewähren, kommt wirtschaftlich auf dasselbe heraus. Der Überfremdung der wichtigen A.-G.en und der Majorisierung des obersten Organs hat denn auch das a. OR mit andern Mitteln, insbesondere mit der absoluten Stimmrechtsbeschränkung auf $^1/_5$ der vertretenen Aktienstimmen und den das Strohmännertum geradezu züchtenden Nationalitätsbestimmungen der Novelle vom 6. Juli 1919 zu steuern gesucht.

Dennoch hätten bei den zweifelhaften Gründungen[63]) auch jene Familiengesellschaften erwähnt werden können, die, ohne zwar sanierungsbedürftig zu sein, zum vornherein darauf ausgehen, die fremden Geldgeber als Aktionäre kaltzustellen, sie wohl kapitalmässig möglichst viel Risiko tragen, aber nicht entsprechend mitreden und mitbefehlen zu lassen. Mit der Häufung der Macht in einer Familie steigt nicht notwendig im gleichen Verhältnis ihr Verantwortlichkeitsgefühl. Es ist zuzugeben, «dass mit

[60]) Bachmann, Komm. Anm. 1 zu Art. 640: «Je eine Aktie gewährt niemals mehr als je eine Stimme.» Vgl. auch Steiner, Die Stimmrechtsaktien etc. in schweiz. A.-G., Bd. XI, S. 29.

[61]) Vgl. Hengstmann, a. a. O. S. 38; bei vinkulierten Namenaktien sind allerdings die im Papier verkörperten Vermögensrechte von den Mitgliedschaftsrechten zu trennen.

[62]) Die Schaffung von Prioritätsaktien bedeutet keine Verletzung von wohlerworbenen Rechten der Stammaktionäre. BGE 59, II. 47; S. J. Z. 27, S. 265.

[63]) Vgl. oben Zif. 2.

der Stimmrechtsaktie Missbrauch getrieben werden k a n n und dass von unverantwortlichen Verwaltungen die schwierigsten (wohl i. S. von «bedenklichsten») Manipulationen damit gemacht werden können»[64]). Das neue Recht hat diesen Bedenken insofern noch besonders Rechnung getragen, als es in OR 693, Abs. 3, für die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage die Stimmkraft der Aktie entsprechend der Kapitalbeteiligung zwingend vorschrieb und in Art. 706, Abs. 2, Beschlüsse auf Einführung von Stimmrechtsaktien und Beschlüsse, die mit solchem Pluralstimmrecht zustande kamen, der allgemeinen Anfechtungsmöglichkeit innert 2 Monaten unterstellte (Art. 706, Abs. 4 OR). Die Anfechtung hat Erfolg, wenn die in den Beschlüssen liegende Schädigung der übrigen Aktionäre durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigt wird.

Es ist nur billig, das Goodwill, den in Organisation und Erfahrung, dem Käuferkreise und dessen Vertrauen liegenden inneren Wert des ursprünglichen Familienunternehmens vor der A.-G.-Gründung, anlässlich der letztern in reale Anteils- und damit Stimmrechte umzuwandeln, ohne dass eine wirkliche Geldleistung gegenübersteht. Untragbar aber ist für den Aussenseiter-Hauptaktionär, der mit der Geschäftsgebarung nicht einverstanden sein kann und enttäuscht seinen Aktienbesitz veräussern will, wenn er von der stimmenmässig beherrschenden Familienmehrheit durch Vinkulierung gegen seinen Willen festgehalten und jeder Veräusserungsversuch zu vernünftigen Preisen illusorisch gemacht wird. Dies kann um so leichter geschehen und die Vinkulierung verstösst dann um so mehr gegen Treu und Glauben, wenn zwar der Pluralstimmrechtsbeschluss auf Vinkulierung bisheriger Inhaberaktien des Aussenseiters «gültig» zustande kam, dem Aussenseiter aber — trotz der Möglichkeit des Verkaufs innert 6 Monaten gemäss OR 648, Abs. 2 — eine Entwertung derselben im Hinblick auf die Bindung des Käufers an eine nie zu überstimmende geschlossene Familien-Stimmenmehrheit Schaden verursachen m u s s.

Ob, wie und event. in welchem Umfange sich ein solcher Aussenseiter schadlos halten kann, wird unter dem folgenden Titel näher zu untersuchen sein.

---

[64]) Sten. Bull. NR. 1934, S. 319.

§ 6. Haftungsverhältnisse und -beschränkungen.

1. Gegenüber dem nicht zur Familie gehörenden Aktionär.

Bei Familiengründungen beabsichtigt man ursprünglich meistens gar nicht, aus dem Kreise ferner stehender Kapitalisten Aktionäre zu werben, sieht sich dann aber doch dazu veranlasst, wenn das Unternehmen neue Mittel braucht, weil Vergrösserungen erforderlich sind, weil einer der Beteiligten sich zurückziehen möchte usw.[70]). Diesem als notwendiges Übel empfundenen Aussenseiter werden die grundsätzlich im Verhältnis seiner Kapitalbeteiligung zustehenden Mitgliedschaftsrechte regelmässig von der wirklichen oder künstlichen Stimmenmehrheit der Familienmitglieder beschnitten. Darf er bloss in der Rolle des stillen Teilhabers mit seinem Vermögen der Familie unter die Arme greifen und muss er sich mit dem zufrieden geben, was ihm an Rendite und Rechten zugesprochen wird? An wen hält er sich, wenn er der unbilligen Majorisierung überdrüssig ist und sich coûte que coûte frei machen will?

Wir haben schon ausgeführt[71]), dass das Gesetz die statutarische Bindung eines Aktionärs an ein Unternehmen unbeschränkt zulässt, auch in dem Falle, wo sein Stimmrecht nicht dem Verhältnis seiner Kapitalbeteiligung entspricht. Allzustarke Bindungen selbst der Familienglieder untereinander haben aber den Nachteil gezeigt, dass sie leicht die Betroffenen in eine den Zusammenhalt störende und zuletzt zerstörende Opposition drängen[72]). Wenn dann gar, wie hier, Tradition und Blutsband ihren Einfluss zum vornherein versagen, ist eine absolute Fesselung auf die Dauer undurchführbar. Der unzufriedene Aussenseiter wird sich zuletzt auf sein «Aufschlussrecht» berufen. Wenn nun auch keine Rede davon sein kann, «dass der Aktionär über jeden geschäftlichen Vorgang Aufschluss verlangen könne — auf diese Weise würde die Freiheit der Entschliessung der Verwaltungsorgane ... über Gebühr eingeengt —»[73]), hat doch das neue Recht einen, durch die Rücksichtnahme auf die Gesamtinteressen allerdings eingeschränkten Anspruch auf Auskunfterteilung in Art. 697 OR gutgeheissen. Gemäss Abs. 3 kann

[70]) Passow, a. a. O. S. 541.
[71]) vgl. oben § 5, Zif. 3 und 4.
[72]) Düringer-Hachenburg, a a. O. S. 149.
[73]) BBl. f. zür. R. 27/44.

der Richter verfügen, ‹dass die Gesellschaft dem Aktionär über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechts erhebliche Tatsachen ... Auskunft zu erteilen hat›. Freilich scheint die Umschreibung des ‹Kontrollrechts› allzusehr auf den Hauptfall, das wohlerworbene Recht des Aktionärs auf Dividende, zugeschnitten zu sein. Aber nicht nur, wenn der Dividendenanspruch des Aussenseiters durch ungerechtfertigte Ausschüttungen an die Familienmitglieder als Gesellschaftsorgane illusorisch gemacht werden soll, kann jener den Richter anrufen[74]); u. E. ist dieser Anspruch auf Auskunftserteilung dem bisherigen Aktionär dann auch gegeben, wenn die Verwaltung, bzw. G.V. den Neuerwerber der veräusserten Aktien nicht als Aktionär genehmigt; selbst dann, wenn die Verweigerung der Eintragung ohne Angabe der Gründe (Art. 686, Abs. 2, OR) in den Statuten vorgesehen sein sollte. Der Erwerber vinkulierter Aktien ist noch nicht Aktionär, da er nur die im Wertpapier verkörperten Vermögensrechte erworben hat; das Mitgliedschaftsrecht und seine Funktionen, das Stimmrecht, Aufschluss- und Kontrollrecht, sind beim Veräusserer verblieben. Diese Ausflüsse des Persönlichkeitsrechts des Aktionärs können denn auch gar nicht durch Statuten oder G.V.-Beschlüsse und noch weniger durch eine herrschsüchtige Verwaltung «aufgehoben oder — grundsätzlich — beschränkt werden» (OR 697, Abs. 4). Mit der erzwingbaren Auskunft über die Gründe der Verweigerung der Eintragung des Aktienerwerbers im Aktienbuch ist dem seiner Mitgliedschaft überdrüssigen Aussenseiter noch kaum geholfen.

Ein Vergleich mit typischen Personengemeinschaften des Zivil- und Handelsrechts, der Ehe, der fortgesetzten Erbengemeinschaft, der einfachen Gesellschaft und der Genossenschaft ergibt, dass, wenn dort, wo es auf die P e r s o n hauptsächlich und in erster Linie ankommt, eine Aufkündbarkeit aus wichtigen Gründen regelmässig gegeben ist[75]), dies um so eher bei der

[74]) und zwar nicht nur zwecks Ungültigkeitserklärung eines Bilanzgenehmigungsbeschlusses, sondern auch «in der Form der Klage auf Leistung der widerrechtlich entzogenen Dividende»; Praxis Bd. 16, Nr. 136.

[75]) Vgl. z. B. «Nichtzumutbarkeit» bei Zerrüttung des Verhältnisses, ZGB 142, und bei Geisteskrankheit des einen Partners, ZGB 141; Austritt eines Teilhabers aus der Erbengemeinschaft gegen Abfindung: Tuor, Komm. N. 9 zu Art. 602 ZGB; Ungültigkeit eines Verbotes oder einer übermässigen Erschwerung des Austrittes aus einer Genossenschaft gemäss OR 842; BGE 61, II, 193, E 3.

Kapitalgesellschaft der Fall sein muss. Bilden schon die Gründer vor Erwerb der juristischen Persönlichkeit als A.-G., wie allgemein angenommen wird[76]), eine einfache Gesellschaft mit persönlicher und solidarischer Haftbarkeit der handelnden Gründer (OR 645), darf es nicht befremdlich erscheinen, wenn der überdrüssige Aktionär, der von der Familiengesellschaft wider seinen Willen festgehalten wird, sich auf die Auflösungsgründe der Art. 545, letzter Absatz, und Art. 546, Abs. 1 und 2, OR beruft und a fortiori folgert: Kann der einfache Gesellschafter aus wichtigen Gründen jederzeit sein Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern lösen und sogar, wenn die Gesellschaft auf Lebenszeit eines Gesellschafters geschlossen wurde, auf 6 Monate kündigen, ist dem Aktionär billigerweise nicht zuzumuten, weiterhin Mitglied zu sein, wenn die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen, unter denen er sich seinerzeit an der Familien-A.-G. beteiligte — eben die Respektierung seines der Beteiligung entsprechenden Einflusses — dahingefallen sind[77]). Es braucht deshalb nicht untersucht zu werden, ob er die Verweigerung seiner Entlassung aus der Mitgliedschaft nicht auch über Art. 2 ZGB anfechten könnte, was übrigens u. E. je nach der Eignung, der wirtschaftlichen und familiären Bindung des Neuerwerbers der Aktien zu bejahen oder zu verneinen wäre.

So konnte schon nach altem OR argumentiert werden. Das revidierte Recht hat aber in OR 736 Zif. 4 einen durchaus neuen Auflösungsgrund geschaffen: Aus wichtigen Gründen können Aktionäre, die wenigstens einen fünften Teil des Grundkapitals vertreten, beim Richter die Auflösung verlangen[78]).

Dass die Verantwortlichkeitsklage aus OR 754 f. bei ziffermässig feststellbarer oder abschätzbarer Vermögensschädigung durch die Verwaltung ihm ebenfalls zusteht, liegt auf der Hand. Doch ist es zweckmässig, um Doppelspurigkeiten möglichst zu ver-

[76]) Bachmann, Komm. Anm. 3 zu Art. 615 und Anm. 2 zu Art. 623; Guhl, OR II. S. 282.

[77]) Im wesentlichen übereinstimmend Düringer-Hachenburg, S. 146.

[78]) «Man hat in den Beratungen auf Familienaktiengesellschaften hingewiesen, wo einzelne Familienglieder die Verwaltung bilden und die andern etwa dadurch benachteiligen, dass sie sich hohe Direktionsgehälter sichern und in dieser Weise die Ausrichtung von Dividenden verunmöglichen.» Guhl, OR II. S. 314; auch Egger, S. J. Z. XXXIV, S. 40/41, weist auf die Bedeutung dieses Auflösungsgrundes «bei Zerwürfnissen in einer Familien-A.-G.» hin.

meiden, diese Haftung im Zusammenhang mit jener gegenüber Gesellschaftsgläubigern zu erörtern[78a]).

2. **Gegenüber Familienmitgliedern.** Entspricht es dem Wesen der Familiengesellschaft, dass die durch ein Treueverhältnis zusammengehaltenen Familienmitglieder nicht durch Veräusserung der Aktien das Unternehmen der Einflußsphäre der Familie entfremden, sondern Namen und Überlieferung desselben hochhalten[79]), darf füglich auch eine strengere Bindung der Familienglieder an das Unternehmen zugelassen werden, als dies gegenüber Drittbeteiligten der Fall ist. Diese straffere Verknüpfung ist zum Teil schon familienrechtlich bedingt und die Verantwortlichkeiten sind bereits dort umschrieben und begrenzt.

a) Die F r a u als Aktionärin hat mit der Eheschliessung — mangels Vereinbarung eines besondern Güterstandes oder Eintritt der Gütertrennung von Gesetzes wegen oder endlich mangels Bestellung ihres Aktienbesitzes als Sondergut — dem Manne Verwaltung und Nutzung an ihrem Eingebrachten eingeräumt (ZGB 200, Abs. 1 und 201, Abs. 1)[80]). Dass der Ehemann kraft seines Nutzungsrechts einen Anspruch auf die etwa zu verteilende Dividende hat, die gemäss ZGB 195, Abs. 3, im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit Eigentum des Ehemannes wird, schadet dem Familienunternehmen nicht[81]). Anders liegt es jedoch, wenn er in der G.V. das Stimmrecht auszuüben befugt ist. In Art. 690, Abs. 2 OR wurde die Regelung getroffen, dass «im Falle der Nutzniessung an einer Aktie diese durch den Nutzniesser vertreten» werde, obgleich wohl unbestrittenermassen das Abstimmen nicht als eine Nutzung anzusehen ist[82]), und «man es beim Stimmrecht nicht mit einer Forderung, sondern mit dem Ausfluss eines Mitgliedschaftsrechts zu tun hat»[83]). Im Entscheid vom 9. Dezember 1924[84]) hat das Bundesgericht den Interessengegensatz auf-

[78a]) Vgl. unter Zif. 3.

[79]) Hengstmann, a. a. O S. 9 f.

[80]) Ebenso kann umgekehrt der Frau die Nutzung zufallen, wenn der Ehemann und Aktionär von ihr als überlebendem Ehegatten oder Eltern und Geschwistern des Verstorbenen beerbt wird; ZGB 462, 473; Guhl II, S. 290. — Die im Komm. Gmür, N. 6—8 zu Art. 201 durchgeführte Unterscheidung von familienrechtlicher «Nutzung» und «Nutzniessung» i. e. S. ist hier ohne Belang

[81]) Hengstmann, a. a. O. S. 28.

[82]) a. M. Brodmann, a. a. O. Anm. 1h zu § 252.

[83]) BGE 53, II, 23.

[84]) BGE 50, II, 550.

gedeckt: «Während das Interesse des Nutzniessers naturgemäss auf möglichst reichliche Bemessung der Dividende und damit auf Erzielung eines möglichst hohen Nutzens gerichtet ist, muss dem Eigentümer der Aktie hauptsächlich daran gelegen sein, dass für Erhaltung und Stärkung des Unternehmens gesorgt und bei Festsetzung der Dividende hierauf Bedacht genommen werde, und, mangels anderer Möglichkeit der Rücksichtnahme auf ihre auseinanderstrebenden Belange, die Betrauung eines gemeinsamen Stellvertreters mit der Stimmabgabe nahegelegt. Dieser Widerstreit spiegelt sich denn auch im Schlußsatz von Art. 690 OR: Der Nutzniesser wird dem Eigentümer ersatzpflichtig, wenn er bei der Stimmabgabe dessen Interessen nicht in billiger Weise Rücksicht trägt, wenn er also etwa aus Dividendenhunger gegen die Schaffung notwendiger und für die Erhaltung des Unternehmens unerlässlicher Reserven stimmt[85]). Anders denn für das deutsche Recht[86]) ist anzunehmen, dass im ordentlichen gesetzlichen Güterstand der Ehemann als Verwalter für die Namenaktien der Ehefrau zwar stimmberechtigt ist, aber nicht ohne Vorbehalt: Zwar räumt ihm Art. 202, Abs. 1, ZGB sogar das Recht ein, im Rahmen der ordentlichen Verwaltung über Frauengutswerte ohne Zustimmung der Ehefrau zu verfügen, sie zu veräussern usw.; diese prima facie befremdliche Verfügungsbefugnis muss aber durch die Ordentlichkeit der ehemännlichen Verwaltung bedingt und gerechtfertigt sein. Er haftet mit der Sorgfalt eines ordentlichen Ehemannes für jedes Verschulden, das von dieser Norm abweicht[87]). Die Gleichsetzung seiner Verantwortlichkeit mit der des Nutzniessers (ZGB 201, Abs. 1) und die spezielle Behaftung für Schadenersatz gemäss Schlußsatz von Art. 690 OR erhöht seine Sorgfaltspflicht bei allen Geschäften, die die Substanz der Frauengutsaktien, die wohlerworbenen und die in ihnen verbrieften Rechte, auch Vorzugsrechte, berühren.

b) Für minderjährige Beteiligte an der Familiengesellschaft übt der gesetzliche Vertreter (Eltern, Vormund) das Stimmrecht aus. Da nach ZGB 292 den Eltern auch die Nutzung des Kindesvermögens zusteht, könnte man versucht sein, die Geltendmachung der Aktionärrechte ebenfalls aus diesem

[85]) Guhl, II, S. 291.
[86]) v. Godin-Wilhelmi, Anm. II, 3 zu § 114.
[87]) Gmür, Komm. N. 19 zu Art. 200 und 201.

Nutzungsrecht abzuleiten. Hier ist dem aber unzweifelhaft nicht so. Wenn die Eltern bei der Verwaltung des Kindesgutes in der Regel frei schalten und walten können[88]), ohne zur Rechnungstellung noch zur Sicherheitsleistung verpflichtet zu sein, steht ihnen diese Befugnis kraft eigenen, unübertragbaren Rechts als Ausfluss der elterlichen Gewalt zu. Nach Art. 290 ZGB haben die Inhaber der elterlichen Gewalt nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Verwaltung des Kindesvermögens, «wie es von einem bonus pater familias zu erwarten ist»[89]). Die Haftung der Eltern ist milder als jene des Nutzniessers; insbesondere haben sie bei Bona-fide-Veräusserung von Vermögensstücken des Kindes nicht den Sachwert, sondern nur den Erlös zu ersetzen (ZGB 300, Abs. 2). «Eine Ersetzung des Wertes wie bei der Nutzniessung würde — wie die Erläuterungen bemerken[90]) — dem Gewaltverhältnis widerstreiten». Freilich sind bei so weitreichender Selbständigkeit der Eltern auch Sicherungsmassregeln im Interesse des Kindesvermögens notwendig: Können auch die Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse als solche nur mit der elterlichen Gewalt selbst entzogen werden (ZGB 298), haben die Behörden bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern doch mit «geeigneten Vorkehrungen» einzuschreiten; die Vormundschaftsbehörde kann die Eltern gleich einem Vormund einer Aufsicht unterstellen oder für einzelne bestimmte Massnahmen oder zur Beaufsichtigung der elterlichen Verwaltung des Kindesgutes einen Beistand ernennen (ZGB 297)[91]).

Erben beispielsweise minderjährige Kinder vinkulierte Familienaktien oder werden ihnen solche anlässlich der Gründung überlassen, werden die Aktionärrechte durch den oder die Inhaber der elterlichen Gewalt kraft eigenen Rechts geltend gemacht[92]). Selbst wenn dieser Aktienbesitz im Verhältnis zum Gesamtkapital der Gesellschaft eine entscheidende Beteiligung bedeutet, stehen die daraus resultierenden Herrschaftsrechte dem Gewalthaber zu. In manchen Fällen mag hierin eine Gefahr nicht

[88]) BGE 45, II, 121.

[89]) Silbernagel, Komm. N. 15 zu Art. 290.

[90]) Erläuterungen zum VE., Bern 1914, Bd. I, S. 262.

[91]) Vgl. BGB 51, II, 361 f.; Tuor, a. a. O. S. 218 f.

[92]) Der Erblasser kann diese Wertpapiere gemäss Art. 294 ZGB allerdings bei der Zuwendung ausdrücklich von der elterlichen Verwaltung und Nutzung ausnehmen, wobei dann bei fehlender geeigneter Verwaltung von den Behörden ein Beistand zu ernennen wäre.

nur für den Bestand des also angelegten Kindesvermögens, sondern ebensosehr für die Belange der Familien-A.-G. liegen. Vielleicht ist die Einstellung der überlebenden Ehefrau gegenüber ihrer Schwägerschaft als den übrigen Aktionären abweisend; vielleicht überlegt sie sich, es sei ihr nicht zuzumuten, jenen Schwägern ein Geschäft fördern zu helfen auf Kosten ihrer Nutzungsrechte am massgeblichen Aktienbesitz, während durch eine erzwungene Statutenänderung auf Aufhebung der Bestimmungen über die Erschwerung der Aktienübertragung leicht flüssiges Kapital zu beschaffen wäre. Selbst wenn die Kinder als Eigentümer der Aktienmehrheit sich gerade in dieser Angelegenheit besonders ausgeprägter Urteilsfähigkeit erfreuen und einer Überfremdung des Unternehmens abhold sein mögen, braucht der Inhaber der Gewalt sich um diese bessere Einsicht und begründeten Wünsche nicht zu kümmern (ZGB 280, Abs. 2), im Gegensatz zu den entsprechenden Bestimmungen des Vormundschaftsrechts (ZGB 409) und trotz der eben ausschliesslich auf die Nutzniessung abstellenden Schutzbestimmungen des Art. 690, Abs. 2 OR.

Ist die elterliche Gewalt durch Vormundschaft ersetzt, liegen die Haftungsverhältnisse den minderjährigen Familienaktionären günstiger: Ist der Bevormundete 16jährig und hat er «Verständnis für Sinn und Bedeutung der vorzunehmenden Handlungen [93]), muss der Vormund seine Meinung bei allen wichtigen Angelegenheiten einholen; er ist zur Rechnungsablegung des Vormunds zuzuziehen (ZGB 413); es steht ihm gegen unzweckmässige Vorkehren des Vormundes das Beschwerderecht zu (ZGB 420) und schliesslich bei jedem, auch dem geringsten Verschulden, die Verantwortlichkeitsklage (ZGB 426f.) und das Konkursprivileg des Art. 219 KG. Diese strengere Haftung gilt auch dann, wenn das Amt des Vormundes durch einen nahen Verwandten, der vielleicht selber Aktionär der Familiengesellschaft ist, ausgeübt wird[94]).

Eine weitere Verschiedenheit der Haftungsverhältnisse der Eltern einerseits, des Vormundes anderseits gegenüber dem minderjährigen Aktionär ergibt sich auch beim sog. Selbstkontra-

[93]) Tuor, a. a. O. S. 270.

[94]) In solchen Lagen wird die Familienvormundschaft mit Familienrat und Sicherstellung hin wie her das gegebene sein; Art. 362 ZGB erwähnt denn auch ausdrücklich das Interesse des Bevormundeten an der «Fortführung einer Gesellschaft».

hieren des gesetzlichen Vertreters. Bezüglich des Bevormundeten bestimmt das ZGB in Art. 422, Zif. 7, dass Verträge zwischen Mündel und Vormund sowohl der Zustimmung der Vormundschafts- wie der Aufsichtsbehörde bedürfen. Für die Inhaber der elterlichen Gewalt findet sich zwar in Art. 282 eine ähnliche Bestimmung: Soll ein Kind durch ein Rechtsgeschäft mit Vater oder Mutter verpflichtet werden, so hat ein Beistand mitzuwirken und die Vormundschaftsbehörde das Geschäft zu genehmigen. Man könnte daraus schliessen, alle zweiseitigen Verträge, durch welche jeder Kontrahent berechtigt und verpflichtet werde, falle unter das Gültigkeitserfordernis des Art. 282 ZGB[95]). U. E. rechtfertigt sich eine solche Einmischung Dritter, des Beistandes ad hoc und der Vormundschaftsbehörde, nur im Falle des Art. 392, Zif. 2, ZGB, wenn die Interessen des gesetzlichen Vertreters jenen des Vertretenen sozusagen zwangsläufig widersprechen. Aus der elterlichen Verfügungsbefugnis, aber auch aus den von der Praxis für die Einmann-Gesellschaft entwickelten Grundsätzen darf gefolgert werden, dass die die Kinderaktien verwaltenden und nutzenden Eltern als Aktienerwerber und gleichzeitig als gesetzliche Vertreter des Veräusserers in einer Person dann rechtsverbindlich handelnd auftreten können, wenn «keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter besteht»[96]). Ein dem § 181 BGB entsprechendes Verbot des Selbstkontrahierens fehlt im OR. Dagegen gilt als allgemeine Regel Art. 392, Zif. 2, ZGB, wonach bei Widerstreit der Interessen des Unmündigen oder Entmündigten und denen des gesetzlichen Vertreters ein Beistand zu ernennen ist[97]). Liegt überhaupt keine Gefahr der Übervorteilung des Minderjährigen vor, bedeutet die Einmischung von Beistand und Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 282 ZGB in manchen Fällen geradezu eine Benachteiligung. Warum soll z. B. der zur bestmöglichen Verwaltung verpflichtete Vater nicht

[95]) So z. B. noch Curti-Forrer, Anm. 8 zu Art. 282; einschränkender Komm. Silbernagel, N. 6 zu Art. 282, betr. Lehrverträge und betr. den Fall, wo das Kind «durch Erbschaft ein Geschäft erwirbt und der Vater als Angestellter des Kindes das Geschäft leitet». Ausdehnend Komm. Egger, Anm. 1 zu Art. 282.

[96]) BGE 50, II, 182 und bestätigend BGE 57, II, 560; vgl. auch E. oest. O.G. Bd. 15, N. 100 (Selbstkontrahieren bei der Einmanngesellschaft).

[97]) Jedenfalls ist mit Egger Komm., Anm. 4b zu 392, anzunehmen, für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern gelte nicht nur Art. 282, sondern ausserdem Zif. 2 von Art. 392 und damit die Beschränkung vorsorglicher Massnahmen auf den Fall wirklich drohenden Interessengegensatzes.

von sich aus Mitgliedschaftsrechte seines Kindes erwerben, wenn damit diese Rechte besser ausgenützt, gefährliche Einflussnahme Dritter in der G.V. abgewehrt werden kann, weil etwa die Statuten gemäss Art. 692, Abs. 2, OR[98]) das Stimmrecht des Besitzers mehrerer Aktien beschränkt haben, oder weil die Zahl der Aktionäre sonst unter der gesetzlichen Mindestzahl liegen würde oder gar bereits die Frist zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes durch den Richter angesetzt ist (Art. 625, Abs. 2, OR)? Es braucht nicht immer gleich der Verdacht nahe zu liegen, «dass der Vertreter seine Stellung dazu missbraucht, um sich selber auf Kosten des Vertretenen einen Vorteil zukommen zu lassen »[99]).

Mit der Volljährigkeit — bzw. als Ersatz: Heirat der Töchter oder Jahrgebung — des Aktionärs beginnt die selbständige Geltendmachung seiner Rechte, es sei denn, seine Handlungsfähigkeit bleibe aus den im Gesetze genannten Gründen eine beschränkte (ZGB Art. 18 f., 368 f., 395 usw.). Verbleiben also Aktien, an denen der Inhaber der Gewalt bisher Verwaltung und Nutzen hatte, f a k t i s c h in dessen Besitz, können die Rechte aus denselben von den handlungsfähigen Kindern gleichwohl geltend gemacht werden. Es kommt, wie das Bundesgericht ausgeführt hat[100]), unter solchen Umständen nicht auf den blossen faktischen Besitz an den Aktien, sondern auf die zur Ausübung berechtigende Innehabung an . Nicht bloss bei Namenaktien, sondern sogar bei Inhaberaktien kann es streitig sein, ob der Inhaber der Aktien schlechthin als Berechtigter zu gelten habe.

3. **Gegenüber Gläubigern, Aktionären und der Gesellschaft** selbst, macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob es sich um ein Familienunternehmen oder eine gewöhnliche A.-G. mit freier Beteiligung handelt: Nach Art. 754 OR sind «alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen . Wenn also die Form der an sich

[98]) Die g e s e t z l i c h e Beschränkung auf 1/5 laut Art. 640, Abs. 2, a. OR mit ihrer Herausforderung des Strohmännertums — vgl. darüber Rossel, Manuel C. O. II, S. 119, N. 175 — ist im revidierten Recht zwar gefallen.

[99]) BGE 39. II, 569.

[100]) BGE 53, II, 22.

auf gesunder Basis gegründeten A.-G. dazu herhalten musste, ungerechtfertigte Ausschüttungen an einzelne oder sämtliche Familienmitglieder zu verdecken, das Unternehmen wirtschaftlich zu unterhöhlen, sind Verwaltung, Direktion und Kontrollstelle nicht nur der Gesellschaft für den primären Schaden, sondern auch den Gläubigern — wie übrigens auch den Aktionären — neben OR 41 ff. für den sekundären, indirekten Schaden haftbar. Aber, wie schon das a.OR in Art. 675, Aus. 2, vorsah, kann das den Gesellschaftsgläubigern eingeräumte Klagerecht nur geltend gemacht werden, wenn über die A.-G. der Konkurs eröffnet worden ist (OR 758)[101]). Die Verantwortlichkeitsklage des Gläubigers fällt also dahin, wenn z. B. ein Nachlassvertrag zustande kommt[102]), oder gerichtliche Liquidation unter Vermeidung der Konkurseröffnung erfolgte[103]). Da nun das Gesetz in der neu aufgenommenen Bestimmung des Art. 725, Abs. 4, OR als anzuordnende Massnahmen bei Aufschiebung der Konkurseröffnung ausdrücklich Inventaraufnahme und Bestellung eines Sachwalters nennt, scheint es direkt auf Anbahnung eines Nachlassvertrages, der regelmässig den einzigen Weg einer Sanierung darstellen wird, hinzuweisen[104]). Dass Gläubiger, deren Forderungen durch die Aktiven gedeckt sind, sich mit einem solchen gerichtlichen Aufschub der Konkurseröffnung ohne weiteres abzufinden haben, leuchtet ein. Wie aber, wenn bei aller moralischen Nachlasswürdigkeit der sanierungsbedürftigen Familiengesellschaft (Art. 294 KG) der Aufschub nicht im Interesse eines oder mehrerer ungedeckter Gläubiger ist? Das Zürcher Obergericht[105]) hat unlängst ausgeführt, es entspreche feststehender Praxis, Rekurse gegen den Aufschub der Konkurseröffnung von solchen Gläubigern zuzulassen, deren Forderungen nicht durch die Aktiven gedeckt sind.

Eine allgemeine Regel lässt sich für den Gläubiger nicht festlegen, ob es zweckmässiger sei, die Konkurseröffnung zu veranlassen oder bei einem Nachlassvertrag das Bestmögliche heraus-

[101]) Die ständerätliche Kommission hatte diese Beschränkung des Klagerechts des Gläubigers auf den Konkursfall als Art. 752 is des Entwurfs ins neue Recht wieder eingeführt; Sten. Bull. St. R. 1931, S. 614.

[102]) Sten. Bull. N. R. 1934, S. 345.

[103]) Bezüglich des früheren Rechts gingen die Ansichten auseinander; vgl. Bachmann Komm. Anm. 4 zu Art. 675 und die dort Zitierten.

[104]) Blumenstein, in Z. b. J. V., Bd. 73, S. 362 f.

[105]) Bl. f. zür. R. XXXIV, Nr. 105.

zuholen. Doch dürften gerade die Gläubiger von Familiengesellschaften Nachlassvorschlägen zweifelnd gegenüberstehen und es auf die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 752 f. OR und die Geltendmachung der Masseansprüche, insbesondere desjenigen aus Art. 679 OR gegenüber der Verwaltung wegen ungerechtfertigter Bezüge der Familienglieder, ankommen lassen.

Wenn Egger[106]) ausführt, die Gläubiger können sich für ihren Schaden überhaupt «nicht an die Verwaltung halten, obschon alle materiellen Voraussetzungen der Haftung erfüllt sind, wenn die Gesellschaft nicht in Konkurs fällt, sondern einen Nachlassvertrag abschliesst», trifft dies nicht ganz zu, nämlich dann nicht, wenn die Liquidationskommission beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Ersatzansprüche der Gesellschaft an einzelne Gläubiger gemäss Art. 260 KG und entsprechend den Bestimmungen des Konkursformulars Nr. 7 zediert, was das Bundesgericht als zulässig erklärt hat[107]). Ja, ein solcher Zessionar kann sogar, «ohne weiteres Retentionsgegenstände im Besitze der Masse in gleicher Weise für sich in Anspruch nehmen, wie es die Masse hätte tun können», d. h. die von der verantwortlichen Verwaltung hinterlegten Pflichtaktien pfänden (OR 709/10).

§ 7. Die Umwandlung der Familien-A.-G. in eine G. m. b. H.

Die Bestimmung, wie eine A.-G. in eine Gesellschaft neuer Form m. b. H. verwandelt werden kann, hat eigentlich dort, wo sie steht, den Charakter einer Übergangsbestimmung, einer Art von Ratschlag an kleine A.-G.en, an Zwergaktiengesellschaften oder auch an A.-G.en von bloss familiärem Charakter, sich in G.en m. b. H. zu verwandeln[108]). Dass hier nicht die zahlreichen ansehnlichen Familiengründungen gemeint sein können, die in unserem Wirtschaftsleben eine nur ungern zu vermissende Rolle spielen, ergab sich schon aus früheren Erwägungen[109]). In der Expertenkommission herrschte die Auffassung vor, dass der Ratschlag jenen gelte, die sich in der gegenwärtigen Form einer A.-G. unnötig belastet erachten müssten, jenen Unternehmen, für die sich die Rechtsform der A.-G. entweder von Anfang an oder doch

[106]) Egger, Die Aktiengesellschaft, Separatabdruck aus der S. J. Z. XXXIV; Zürich 1937, S. 71.

[107]) BGE 60, III, 102 f.

[108]) Sten. Bull. St. R. 1931, S. 612.

[109]) Vgl. oben § 3.

im Laufe der Zeit als unwirtschaftlich und unzweckmässig erwies. Wie ungesund die Verhältnisse hier liegen, beweist der Umstand, dass im zweiten Quartal 1937 — unmittelbar vor Torschluss — noch eine auffällig grosse Zahl kleiner und kleinster A.-G.en gegründet worden sind im Hinblick auf die Gnadenfrist von 5 Jahren[110]), dass aber anderseits geradezu von einem Elend der kleinen Aktiengesellschaften [111]) gesprochen werden muss, bei denen die Sorge, wie man den Reingewinn verstecken könnte, durch jene andere, was zu tun sei, um Woche für Woche den immer wieder drohenden Konkurs zu vermeiden, ersetzt ist .

Immerhin mögen sich unter den betreffenden Gesellschaften, die sich innert fünf Jahren den neuen Gesetzesbestimmungen anzupassen, entweder ihr Kapital zu erhöhen oder sich in eine G. m. b. H. umzuwandeln oder endlich zu liquidieren haben, auch ernsthafte Familiengründungen befinden, die aus irgendwelchen — meist steuerlichen — Motiven mit kleinem Grundkapital erfolgreich arbeiten können und wollen. Vielleicht sind die jüngeren Familienglieder in ein Alter nachgerückt, die ihre persönliche Betätigung in der Gesellschaft als zweckmässig erscheinen lässt. Für diese Gesellschaften sei in Kürze das Wesentliche über Form und Wirkung der vom Gesetze nahegelegten Umwandlung dargelegt[112]).

Darin, dass das Unternehmen dasselbe bleibt, dass seine Substanz sich nicht verändert und dass im wesentlichen auch die gleichen Personen fernerhin daran beteiligt bleiben und in geeigneterer Gesellschaftsform dasselbe Ziel verfolgen können, liegt die wirtschaftliche Bedeutung der Umwandlung»[113]). Das besondere Merkmal ist die Kontinuität des Unternehmens in veränderter Rechtsform. Die Stellung des bisherigen Aktionärs erleidet freilich eine merkliche, seine zunächstliegenden wirtschaftlichen Belange berührende Veränderung: Die G. m. b. H. bedingt die solidarische Haftung der Gesellschafter bis zur Höhe des Stammkapitals, was den einen oder andern Aktionär veran-

[110]) Die schweiz. A.-G., Bd. X, S. 49.

[111]) E. Steiner in Die schweiz. A.-G., Bd. X, S. 9 f.

[112]) Da die Beratungen in dieser Materie keine nennenswerte Neuerungen gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf vom 21. II. 1928 gebracht haben — vgl. z B. die diskussionslose Zustimmung des N. R. in Sten. Bull. 1934, S. 748/49 — kann in der Hauptsache auf die Zürcher Diss. von H. Jörg, Chur 1930, «Die Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H.» verwiesen werden.

[113]) Jörg, a. a O. S. 14/15.

lassen dürfte, von einer Beteiligung an der neuen Gesellschaft Umgang zu nehmen. Damit ist aber auch für den Gläubiger eine veränderte Lage geschaffen. Zwar bildet nach Art. 824 OR das Erfordernis, dass das Stammkapital der G. m. b. H. gleich gross sei wie das Grundkapital der bisherigen A.-G., eine der drei Voraussetzungen der Umwandlung. Da aber ein Dritteil der bisherigen durch neue Beteiligung — oder durch Erhöhung der Einlage der verbleibenden Beteiligten — ersetzt werden kann (OR 824 Zif. 3 und 825), haben die Gläubiger keine Macht, die wirtschaftlich vielleicht gerade zuverlässigsten früheren Aktionäre an die neue Gesellschaft zu binden. Der ausscheidende Dritteil kann die Auszahlung des verhältnismässigen Anteils am Vermögen der aufgelösten A.-G. verlangen[114]). Ein Korrektiv dieser möglichen Gefährdung der Gläubigerinteressen findet sich in der Bestimmung, dass Auszahlungen aus dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft an die ausscheidenden Aktionäre erst stattfinden dürfen, wenn die auf die dreimalige Aufforderung hin sich meldenden und dem Schuldenübergang auf die A.-G. widersprechenden Gläubiger befriedigt sind. Im übrigen hatte, gerade was kleinere und mittlere Familiengesellschaften anbetraf, die Bankpraxis sich insofern rechtzeitig weitere Sicherheiten beschafft, als für Kredite regelmässig die persönliche Mithaftung, meist Solidarbürgschaft, zahlungsfähiger Verwaltungsräte, in der Regel eben des «Seniorchefs des Hauses» stipuliert worden war[115]).

In rechtlicher Beziehung drängen sich bei der Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H. ähnliche Erwägungen über das Wesen derselben auf, wie beim Übergang der Geschäfte vom Gründerverein der errichteten, aber nicht eingetragenen Gesellschaft auf die A.-G.; Gründerverein und daraus hervorgehende A.-G. dienen denselben Interessen, sind «Ausdruck einer Interessenlage»[116]), wie die G. m. b. H. im Verhältnis zur aufgelösten A.-G. Es wurden bezüglich der Natur der Umwandlung alle möglichen Theorien vertreten, von der «Fusion»[117]) über «Kauf»[118]),

[114]) Da diese Bestimmungen zwingenden Rechts sind, haben die bei Familiengesellschaften üblichen Vinkulierungen und gegebenenfalls weiteren vertraglichen Bindungen ihre Wirksamkeit verloren.

[115]) Vgl. oben § 6, Zif. 3, Schluss.

[116]) Müller-Erzbach, a. a. O. S. 254.

[117]) Bericht zum VE. I. zitiert bei Jörg, a a. O. S. 15.

[118]) Quandt, Die Umwandlung von A.-G.en in G.en m. b. H., Wien 1911, S. 10.

Universalsukzession [119]) und Verträge zugunsten Dritter sogar zur Einzelrechtsnachfolge [120]). Wenn nun einerseits der Gesetzgeber eine solche Umwandlung dadurch erleichtert, dass weder eine formelle Auflösung der alten Gesellschaft mit Liquidationsstadium und Sperrjahr (Art. 739 f. OR), noch eine Neugründung gemäss Art. 779 OR verlangt werden, dass der für die Rechtsfähigkeit entscheidende Akt des Handelsregistereintrages — Löschung dort, Errichtung hier oder umgekehrt — Zug um Zug erfolgt, anderseits das Gesetz ausdrücklich von Umwandlung einer aufgelösten A.-G. in eine G.m.b.H. (Art. 738, 825, 826 OR) und von der letzteren wiederholt und folgerichtig als einer «neuen» Gesellschaft spricht, kann diese Umwandlung erläutert werden zum Zwecke der Beförderung einer wirtschaftlich naheliegenden Gesamtrechtsnachfolge — ohne allgemein zwingenden Charakter — eintretende Ersetzung eines körperschaftlichen Rechtsträgers durch einen andern, dessen personen- und kapitalmässiges Substrat im wesentlichen aber identisch bleibt.

Die Umwandlung zerfällt in die vier leicht abzugrenzenden Einzelvorgänge: Umwandlungsbeschluss in der A.-G. mit einem zustimmenden Quorum von $^2/_3$ der Beteiligung, Bilanzgenehmigungsbeschluss mit einer genehmigenden Mehrheit von $^3/_4$ des vertretenen Grundkapitals, Abschluss des neuen Gesellschaftsvertrages und schliesslich die bereits erwähnte Eintragung der G. m. b. H. und Löschung der A.-G. im Handelsregister. Der U m w a n d l u n g s b e s c h l u s s ist insofern als Auflösungsbeschluss zu betrachten, als er den massgeblichen Willensakt der juristischen Person darstellt, die bisherige ihre Persönlichkeit bedingende Rechtsform aufzugeben und eine grundsätzlich veränderte juristische Struktur anzunehmen. Dieser Beschluss bedarf, trotzdem es sich nicht etwa um eine Umwandlung des Gesellschaftszweckes gemäss Art. 648 OR handelt, nach Art. 736, Zif. 2, der öffentlichen Beurkundung. Denn aus Art. 736 : 738 ist zu entnehmen, dass auch die Umwandlung eine Art der Auflösung der A.-G ist. Während aber der gewöhnliche, zwangsläufig der Liquidation rufende Auflösungsbeschluss den Aktionären ein mittelbares Sonderrecht auf Ausrichtung des ihnen zustehenden

[119]) Jörg, a. a. O. S. 18, gleich dem Standpunkt der Expertenkommission.

[120]) v. Tuhr, zitiert und als «am weitesten entfernt vom Leben und seinen Bedürfnissen» kritisiert bei Müller-Erzbach, a. a. O. S. 254.

Anteils am Gesellschaftsvermögen» gibt[121]) – Art. 660, Abs. 2 und 745 OR — gewährt der Umwandlungsbeschluss diesen Anspruch den nicht zustimmenden Aktionären nicht ohne weiteres; er entsteht erst mit der Löschung der A.-G. und der Eintragung der G. m. b. H., da bis dahin die A.-G. unverändert fortbesteht und auf ihren Beschluss wieder zurückkommen kann.

Für die umzuwandelnde Familiengesellschaft dürfte der Bilanzgenehmigungsbeschluss die kritische Etappe darstellen (Art. 825 OR): Vergegenwärtigt man sich, dass ein Drittel der bisherigen an das Unternehmen durch Vinkulierung gebundenen Beteiligten — gleiche Anteile vorausgesetzt — durch die Umwandlung frei werden kann und ein besonderes Interesse an einer wahren und klaren, die Vermögensverhältnisse des Unternehmens ungeschminkt darlegenden Bilanz hat, wird dessen Bedeutung offenbar. Nun wurde, allerdings nicht ohne heftige Diskussionen[122]), in Art. 663 OR der Grundsatz der Bilanzwahrheit insofern durchbrochen, als die Anlage stiller Reserven, die eine richtige Kalkulation der Rendite verhindern, zulässig ist. Es liegt darin eine gesetzliche Verankerung der neuen bundesgerichtlichen Praxis. Da die stillen Reserven von der Verwaltung in der Bilanz unsichtbar gemacht werden, ohne dass der Aktionär über deren Herkunft und Höhe orientiert zu werden braucht, ist nicht recht verständlich, wieso auf der andern Seite das Hauptgewicht auf den Bilanzgenehmigungsbeschluss als «Verfügung» des obersten Organs gelegt wird. Um wegen übermässigen Reservestellungen, «die nach dem Stande des Unternehmens sich durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen schlechterdings nicht mehr rechtfertigen lassen»[123]) mit einer Anfechtungsklage durchzudringen, muss die materielle Rechtsverletzung substantiiert und bewiesen werden[124]), wozu nur die darum wissenden Organe in der Lage sind. Die $^2/_3$ der verbleibenden Beteiligung werden mit der Verwaltung alles daran setzen, die stillen Reserven in die G. m. b. H. hinüberzuretten und im Anfechtungsfall dartun, dass «die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens» dies erfordere (Art. 663, Abs. 2). Der einer Umwandlung der A.-G. in eine G. m. b. H. nicht zustimmende Dritteil

[121]) Jörg, a. a. O. S. 25.
[122]) z. B. Sten. Bull. St. R. 1931, S. 391 f.
[123]) BGE 54, II, 28.
[124]) BGE 51, II, 435 f.; 53, II, 250.

hat demnach alles Interesse daran, sich rechtzeitig und erschöpfend über die wirkliche Vermögenslage zu erkundigen und bis zur Aufklärung derselben die Zustimmung der vorgelegten Bilanz zu versagen, denn sie haben Anspruch auf Auszahlung ihres verhältnismässigen Anteils am wirklichen Vermögen der umzuwandelnden A.-G. Zum Schutze der Minderheit ist denn auch das Quorum auf $\frac{4}{5}$ heraufgesetzt. — Die Familien-A.-G., die des freiwilligen Zusammenhalts der Glieder nicht sicher ist, tut daher gut, die vielleicht wirtschaftlich an sich zweckmässige Umwandlung günstigeren Zeiten vorzubehalten.

Literatur.

Bachmann, G. Kommentar zum OR Bd. II von Zeller-Rahn, Zürich 1913.

Barz, Die Verantwortlichkeit der Aktionäre ... in Sonderheft d. XI. Jahrg. der Z. f. ausl. und intern. Pr. R., Berlin 1937.

B. G. E. Amtl. Sammlung der Entscheide des Schweiz. Bundesgerichts, Lausanne.

Bl. f. zür. R. Blätter für zürcherische Rechtsprechung, seit 1902.

Blumenstein, E. Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.

Bluntschli, J. C. Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, II. Teil, Zürich 1856.

— Privatrechts-Gesetzbuch f. d. Kt. Zürich. I. Teil, Zürich 1854.

Botschaft des Bundesrates v. 27. Nov. 1879.

Brandt. Die Fugger, Jena 1928.

Brodmann, E. Aktienrecht, Komm. Berlin 1928.

Conne, A. Die Namenaktie, Diss. Zürich 1933.

Curti-Forrer. Komm. Schweiz. Zivilgesetzbuch, Zürich 1911.

v. Czyhlarz. Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. Wien 1924.

Dernburg, H. System des röm. Rechts, Berlin 1912.

Düringer-Hachenburg. Handelsgesetzbuch. Bd. III, 1. Abt., Mannheim-Berlin-Leipzig 1934.

Egger, A. Komm. zum Familienrecht, Zürich 1933.

— Die Aktiengesellschaft, Separatabdruck aus S. J. Z. XXXIV., Zürich 1937.

Eichler. In Z. f. H. R., S. 205 f., 1937.

Fehr, H. Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, Jena 1912.

Festschrift. 100 Jahre Heberlein, 1835—1935, Art. Institut Orell Füssli, Zürich 1935.

Festschrift. 100 Jahre Gebrüder Sulzer, 1834—1934, Art. Inst. Orell Füssli, Zürich 1935.

Festschrift. Krupp 1812—1912, Jena 1912.

Fick. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XIII 1869.

Flechtheim. Die Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften, Mannheim 1929.

v. Gierke, O. Deutsches Privatrecht, Berlin 1895.
— In Holtzendorffs Enzyklopaedie, Bd. III., Berlin 1913.
Gmür. Die Rechtsquellen des Kt. St. Gallen, Bd. 1, Aarau 1902.
v. Godin-Wilhelmi. Komm. zum Aktiengesetz vom 30. Jan. 1937, Berlin 1937.
Grimm. Weisthümer. Bd. I., Göttingen 1840.
Guhl Th. Das Schweiz. Obligationenrecht, II. Halbband, Zürich 1937.
Hahnloser. Die Namenaktie nach dem B. G. über das OR, Diss. Bern 1903.
Hengstmann, W. Die Familiengesellschaft, Diss. Halle-Wittenberg 1935.
Heusler. Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I, Leipzig 1885.
Hoche. Die Gesetzgebung des Kabinetts Hitler, Berlin seit 1933.
Höppner. Praxis des Aktienrechts, Hamburg 1935.
Huber, E. System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, Bd. II, III, IV, Basel 1888, 1889 und 1893.
— Erläuterungen zum VE. II. Aufl., Bern 1914.
Huber, M. Die Gemeinderschaften der Schweiz... Heft 54 v. Gierkes Unters. 1897.
Hübner. Grundzüge des deutsch. Privatrechts, Berlin 1930.
Jörg, H. Die Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H. Diss. Zürich 1930.
Jung, E. Massnahmen der A.G. gegen Überfremdung, Mainz 1921.
Kohler. In Holtzendorffs Enzykl., Bd. I, Berlin 1915.
Legras. Grundriss der schweiz. Rechtsgeschichte, Zürich 1935.
Lehmann, K. Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts ..., Berlin 1895.
Leitner. Wirtschaftslehre der Unternehmung, Berlin 1926.
Lenel. Edictum perpetuum, Leipzig 1927.
Müller-Erzbach. Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1927.
Frank. Nationalsoz. Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935.
Neufeld. Die Aktiennovelle vom 19. Sept. 1931, Berlin 1932.
Passow, R. Die Aktiengesellschaft, Jena 1922.
Die Praxis des Bundesgerichtes, Basel, seit 1912.
Quandt, K. Die Umwandlung von Aktiengesellschaften in Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Wien 1911.
Rabel. In Holtzendorffs E., Bd. I.
Rossel. Manuel C. O., Bd. II, Lausanne-Genf 1920.
Sautier. Die Familienfideikommisse der Stadt und Republik Luzern, Diss. Bern 1909.
Schlötke, E. Die Vinkulierung der Aktien, Diss. Jena 1931.
Schmid, R. In Archiv f. civ. Praxis. Bd. XXXVI.
Schneebeli, M. H. Die Einmanngesellschaft, Diss. Zürich 1932.
Schröder-Künssberg. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1932.
Schweiz. A.-G., Die, Zürich, seit 1928.
Sieber. Geschichte des röm. Rechts, Leipzig 1925.
Silbernagel. Komm. zum Familienrecht, Bd. II, Bern 1927.
Sinn, H. W. Die gebundene Aktie, Diss. Hamburg 1935.
S. J. Z. Schweiz. Juristenzeitung seit 1905.
Stammler. Enzyklopaedie, Das gesamte Deutsche Recht, Bd. I, Berlin 1931.
Sten. Bull. Stenographisches Bulletin der schweiz. Bundesversammlung, insbesondere Jahrgänge 1905, 1931 und 1934.
Stettler, N. Die bernischen Familienkisten in Z. b. J. V., Band. LVIII.

Steuler, N. Organe und Geschäftsführung der Familien-G. m. b. H., Diss. Frankfurt a. M. 1933.
Strieder, J. Studien zur Geschichte kapitalistischer Organisationsformen, München und Leipzig 1914.
Tomerius, B. Die A.-G. als Einmanngesellschaft, Diss. Königsberg 1928.
Tuor, P. Kommentar Erbrecht, Bern 1929.
Vollwassen. Die neuen Aufgaben der Wirtschaftspolitik, in Finanz-Arch. NF. Bd. 5.
Weber, M. Wirtschaftsgeschichte, München und Leipzig 1924.
Z. b. J. V. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern seit 1865.
Z. f. H. R. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt (seit 1858).